

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDO MENEGAT

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS PARCERIAS COM O “TERCEIRO SETOR”
A lógica gerencial pós-reforma

CURITIBA
2010

FERNANDO MENEGAT

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS PARCERIAS COM O “TERCEIRO SETOR”
A lógica gerencial pós-reforma

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Co-orientador: Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes

CURITIBA
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

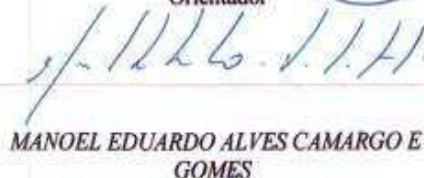
FERNANDO MENEGAT

Administração Pública e suas parcerias com o Terceiro Setor - A lógica gerencial pós reforma

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



EGON BOCKMANN MOREIRA
Orientador



MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E
GOMES
Primeiro Membro



FERNANDO BORGES MÂNICA
Segundo Membro

Dedico esta monografia às minhas três senhoras: mãe, irmã e namorada. Também aos familiares e aos amigos do lado esquerdo do peito.

Em especial, à saudosa, eterna e indelével lembrança de meu pai.

AGRADECIMENTOS

Sinto-me na obrigação de agradecer a todos aqueles que colaboraram, direta ou indiretamente, para a concretização da presente pesquisa: dos apertos de mão às revisões formais; das orientações bibliográficas às sugestões; dos sorrisos às críticas.

Em primeiro lugar, agradeço profundamente a meus mestres, professores Egon Bockmann Moreira e Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, pelo exemplo de dedicação à docência, pela incrível profundidade de seus conhecimentos e, acima de tudo, pelo auxílio e pela atenção que me deram na elaboração desta pesquisa.

Ao mestre e xará Fernando Borges Mânica, pela ajuda bibliográfica e pelo motivador apoio às minhas pretensões acadêmicas.

A todos os familiares, amigos, mestres e colegas que, de alguma maneira, sustentaram-me durante essa caminhada, meu muito obrigado.

É difícil tirar um homem de seu próprio círculo para interessá-lo no destino do Estado, porque ele não compreende claramente que o destino do Estado possa ter na sua sorte. Mas se for proposta a construção de uma estrada que atravessasse o extremo de sua propriedade, ele logo vê a ligação entre esse pequeno negócio público e seus maiores negócios privados; e descobrirá, sem que isso lhe seja demonstrado, o elo íntimo que une o interesse privado ao geral. Assim, muito mais se pode fazer confiando aos cidadãos a administração dos pequenos negócios do que entregando-lhes o controle dos importantes para fazer com que se interessem pelo progresso social público.

(Alexis de TOCQUEVILLE, **Democracia na América**).

RESUMO

O tema das parcerias firmadas entre a Administração Pública e as entidades do assim denominado “Terceiro Setor” passou a fazer parte da realidade brasileira e a despertar o interesse dos juristas a partir da segunda metade da década de 90 do século passado, com as teorizações de Luiz Carlos Bresser Pereira, ministro do governo de Fernando Henrique Cardoso.

Trazendo para o Brasil a noção de Gerencialismo, Bresser propôs uma mudança radical no modelo interventivo do Estado, com a finalidade de tornar a atuação estatal mais eficiente e menos burocrática, contribuindo para o aperfeiçoamento da Democracia.

Um dos projetos principais para a concretização deste ideário foi o chamado Programa de Publicização, mediante o qual se propunha o repasse de atividades do Estado assim consideradas “não-exclusivas” para entidades privadas, atuando sem finalidade lucrativa, que as prestariam fazendo as vezes do Estado e por ele fomentadas, de modo mais eficaz e controlado.

No campo legislativo, a lei nº 9.637/98, instituidora da figura das Organizações Sociais, reproduziu o programa gerencial de publicização, no que foi seguida – embora com certas atenuações – pela lei nº 9.790/99, instituidora das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

O presente trabalho pretende abordar, portanto, as parcerias entre a Administração Pública e as entidades do “Terceiro Setor” consoante previstas na Reforma Gerencial do governo FHC. Diante disso, o viés puramente técnico não será o adotado para visualizar tais acordos, em detrimento da essencial análise que se deve proceder em relação à lógica que os fez nascer.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Administrativa; Terceiro Setor; Parcerias; Gerencialismo; Organizações Sociais; OSCIP; Contrato de Gestão; Termo de Parceria; Publicização.

ABSTRACT

The theme of the partnerships firmed between State Administration and the entities of the so called “Third Sector” has become part of Brazilian’s reality and has raised the interest of the jurists since the second half of the 90’s decade of the last century, based on the theories of Luiz Carlos Bresser Pereira, minister in the government of the ex-president Fernando Henrique Cardoso (FHC).

Importing to Brazil the notion of Gerencialism, Bresser has purposed a radical change in State management’s model, with the objective of turning it into something more efficient and less burocratic, contributing for Democracy’s perfection.

One of the main projects to concretize this ideal was the so called Publicization Program, by which Bresser purposed the transfer of the “non-exclusive” State activities to private entities, acting without lucrative intentions, which would develop them in State’s place and financed by the government, more efficiently and controllably.

In legislative terms, the law nº 9.637/98, which created the figure of the Social Organizations, reproduced the gerencialist program of publicization, followed – even though with some attenuations – by the law nº 9.790/99, that created the figure of the Civil Society Organizations with Public Interest (CSOPI – in Brazil, the acronym is OSCIP).

The present work intends to discuss, therefore, the partnerships between State Administration and the “Third Sector” entities as purposed in the Gerencial Reform of FHC’s government. Because of this, it won’t be adopted a technical point of view to visualize these pacts; on the contrary, the analysis has to be concentrated in the logic that has made them flourish.

KEYWORDS: Administrative reform; Third sector; Partnerships; Gerencialism; New Public Management; Social Organizations; CSOPI; Publicizarion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. “TERCEIRO SETOR”: PÚBLICO NÃO ESTATAL OU PRIVADO NÃO LUCRATIVO?	13
1.1. Definições de “Terceiro Setor”	13
1.2. Evolução Histórica	18
2. EVOLUÇÃO DO PAPEL DO ESTADO NA ESFERA SOCIAL E REFORMA ADMINISTRATIVA	23
2.1. Estado Social e “Social-Democracia”: da Administração Pública Burocrática à Gerencial	23
2.1.1. Panorama mundial	23
2.1.2. As reformas administrativas brasileiras: Reforma Burocrática de 36 e Reforma Desenvolvimentista de 67.	27
2.1.3. A Constituição Burocrática de 88	31
2.1.4. A Reforma Gerencial	34
2.1.4.1. Síntese Prospectiva	34
2.1.4.2. Pressupostos da Reforma Gerencial	35
2.1.4.3. Implementação da Reforma	39
2.1.5. Conclusões: estágio atual e caráter cíclico das reformas	46
2.2. Administração Pública Consensual	49
3. REFORMA ADMINISTRATIVA E “TERCEIRO SETOR”	57
3.1. O “Terceiro Setor” na lógica gerencial: eficiência, subsidiariedade e atividade de fomento	57
3.1.1. O programa de “Publicização” e a busca da Eficiência administrativa	61
3.1.2. A “Publicização” e o princípio da Subsidiariedade	65
3.1.3. A atividade estatal de fomento	71
3.1.4. Síntese prospectiva: o “Terceiro Setor” na reforma gerencial	76
3.2. As Parcerias entre a Administração Pública e o “Terceiro Setor”	79
3.2.1. Os Serviços Sociais Autônomos	81
3.2.2. Organizações Sociais (OS) e Contrato de Gestão	86
3.2.2.1. Denominação e Qualificação	88
3.2.2.2. Efeitos da qualificação: o Contrato de Gestão	92
3.2.3. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e Termo de Parceria	96
3.2.4. Breves apontamentos conclusivos	103
3.3. Críticas à emergência das entidades do “Terceiro Setor” como “Parceiras” do Estado – breves apontamentos	105
3.3.1. Críticas ao ideário gerencial: o receio contra o Neoliberalismo	106
3.3.2. Considerações críticas acerca dos dispositivos da Lei nº 9.637/98 e da Lei nº 9.790/99: qualificação, licitação e controle pelo Tribunal de Contas	110
CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS	123

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro passou, no decorrer dos anos 90, por uma profunda reforma institucional na seara administrativa. Principalmente graças aos reconhecidos esforços de Luiz Carlos Bresser Pereira, Ministro de Estado dos mais importantes do governo de Fernando Henrique Cardoso, a Administração Pública do país começou a desempenhar suas funções e exercer suas atividades imersa num fluido ideológico muito diverso do que estava acostumada até então.

O Decreto 200/67, marco normativo pioneiro da reforma administrativa gerencial, passou a ser um importante supedâneo justificador de grande parte do novo arcabouço administrativo brasileiro pretendido pelos reformistas. A partir daí, a administração dita burocratizada (à la Weber) foi aos poucos sendo substituída – ou ao menos era o pretendido – pelo que se convencionou chamar de “Administração gerencial”, a qual passou a enxergar seus deveres e atribuições (em destaque o serviço público) sob um outro enfoque, mais afeito aos sabores do direito privado.

Não só as funções e relações da Administração sofreram mutações, mas também toda a racionalidade por detrás disso. Emerge o chamado “princípio da subsidiariedade”, herança da Doutrina Social da Igreja Católica, como, ao mesmo tempo, norte teleológico e cerne justificador da atividade Administrativa pós-reforma. Insere-se na Constituição da República, mediante a Emenda nº 19/98, o princípio constitucional da eficiência, no *caput* o art. 37, como que a sinalizar a imperatividade de se deixar de lado a Administração burocratizada dos meios e partir diretamente ao controle dos resultados.

É justamente neste panorama que se insere a temática que se pretende abordar. Esta racionalidade diversa, inaugurada pelo Decreto 200/67 e aprimorada na reforma estatal brasileira gerencial dos anos 90, fez com que a Administração Pública, pretendida gerencial, iniciasse um profundo e extenso processo de descentralizações e privatizações (no fraseado dos reformistas, “desestatizações” e “publicizações”).

Nesse ínterim, surge a importância de se abordar o dito “terceiro setor”, como conjunto de entidades que, não pertencendo nem à esfera estatal nem à seara do mercado, passaram a firmar, com a Administração Pública, parcerias para a execução de atividades que antes eram prestadas diretamente pelo Estado à população.

Essas parcerias entre a Administração e o “Terceiro Setor”, cada vez mais recorrentes na realidade brasileira, vêm compondo um novo cenário administrativo completamente inovador. A “onda gerencial” e os princípios a ela inerentes passaram a servir de pano de fundo para a realização de “pactos” deveras controvertidos entre a Administração e o Terceiro Setor, a exemplo do contrato de gestão e do termo de parceria.

O tema em questão é de nítida importância: com as descentralizações e privatizações, a Administração Pública pode estar dando um passo em direção à sua desresponsabilização e, em alguns casos, até mesmo em direção à burla do regime jurídico administrativo a que deve se submeter. Estas consequências, principalmente no que tange à temática da prestação de serviços públicos, são inaceitáveis: por mais que hoje se tenha, cada vez mais, um “Estado regulador”, isso nunca poderá implicar um Estado ausente.

Diante de todas estas nuances, o objetivo geral do presente trabalho monográfico será compreender a lógica da atuação da administração pública brasileira, principalmente no que tange à satisfação das necessidades sociais – o que, afinal, é o objetivo último (ou ao menos deveria ser) de toda e qualquer atividade administrativa, mediata ou imediatamente –, a partir das parcerias que firma com as entidades do dito “Terceiro Setor”.

Por meio da análise da evolução histórica do aparelho estatal brasileiro, ficará mais fácil delimitar, com mais clareza e certeza, quais as intenções da Administração ao firmar parcerias com as Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, por exemplo. Ver-se-á que, a bem da verdade, não são somente parcerias esparsas, mas sim verdadeiros “cartões-postais” desta nova feição que pretendeu assumir a esfera administrativa, em seu viés gerencial.

Em se compreendendo a lógica destas parcerias, será possível dar um passo adiante, aprimorando o sistema administrativo a fim de evitar as famosas fraudes e as tão prejudiciais tentativas de burla ao regime jurídico administrativo (que, dentre outras coisas, explicita-se pela desnecessidade de licitação por parte das entidades do terceiro setor que firmam parcerias com a Administração).

Ver-se-á que, por detrás da simples denominação de Organização Social ou OSCIP, apenas para exemplificar, existe todo um aparato – normativo e econômico-administrativo – que dá sentido às decisões tomadas pela Administração, quer sejam estas decisões justamente motivadas ou não. É exatamente em busca deste

pano de fundo que se partirá no presente itinerário, procurando compreender, além do simples perfil das parcerias apontadas, a sua essência, a lógica que as fez nascer.

Entretanto, alerte-se desde já que não é objetivo do presente trabalho – como, aliás, nem poderia ser, uma vez que se trata de pesquisa monográfica –, esgotar todo o tema proposto. Em virtude da limitação imposta à extensão da pesquisa, a brevidade e objetividade deverão permear todo o texto, de forma que mesmo a linha evolutiva histórica e a especificação de algumas parcerias (contratos de gestão e termos de parceria), que constituem o núcleo do presente trabalho, não poderão ser tratadas à exaustão, da forma como seria ideal.

Como já diria o imortal Fernando Pessoa, no poema inaugural da série “O Guardador de Rebanhos” de seu heterônimo Alberto Caeiro, “Saúdo todos os que me lerem,/Tirando-lhes o chapéu largo”; desde já, no entanto, alerta-se o leitor, como o fez Pessoa no poema nº XLVI da mesma série: “E assim escrevo, ora bem, ora mal,/ Ora acertando com o que quero dizer, ora errando,/ Caindo aqui, levantando-me acolá,/ Mas indo sempre no meu caminho como um cego teimoso”.

Assim inspirados é que damos o pontapé inicial da presente pesquisa.

1. “TERCEIRO SETOR”: PÚBLICO NÃO ESTATAL OU PRIVADO NÃO LUCRATIVO?

Antes de se adentrar propriamente no cerne desta pesquisa, impera tecer algumas considerações, ainda que com bastante brevidade, acerca das definições e dos papéis que vem assumindo o dito “terceiro setor” na contemporaneidade.

Assim é que, num primeiro momento, cumpre delinear os contornos – se é que isto é possível – do afamado “terceiro setor”, para então, rapidamente, abordar-se a evolução de sua participação na esfera social (tudo, como é cediço, para a finalidade introdutória de esclarecer sumariamente um dos pólos da relação jurídica de cunho negocial que será abordada adiante).

1.1. Definições de “Terceiro Setor”

Ao contrário do que muitos imaginam, definir o que se entende por “Terceiro Setor”, expressão difundida a partir da década de 70 e traduzida do inglês *third sector*, é tarefa deveras árdua. O conceito, longe de exprimir um ideário dominante e de categorizar de modo uniforme seus elementos componentes, é alvo de muitas críticas, e há tantos conceitos quantas são as classificações dos entes que compõem esta categoria. Neste sentido, informa José Eduardo Sabo PAES que “não existe, ainda, no âmbito do sistema normativo brasileiro, uma definição jurídica do que será esse Terceiro Setor, ou uma qualificação de entidades jurídicas já existentes para tarefas concernentes àquele”.¹

Abordando esta problemática, Carlos MONTAÑO aponta que o uso predominante da expressão “terceiro setor” está relacionada intrinsecamente a uma perspectiva hegemônica, que parte de “traços superficiais, epidérmicos do fenômeno”.² Para o autor, tal perspectiva hegemônica segrega os setores do Estado e os analisa separadamente, sem articulá-los entre si. Portanto, conclui não haver

¹ PAES, José Eduardo Sabo. **Terceiro Setor: Conceituação e Observância dos Princípios Constitucionais Aplicáveis à Administração Pública**. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **O Novo Direito Administrativo Brasileiro: O Estado, as Agências e o Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 279.

² MONTAÑO, Carlos. **Tercer Sector y Questión Social – Crítica al patrón emergente de intervención social**. São Paulo: Cortez, 2005. p. 61.

compatibilidade entre os conceitos hegemônicos e o fenômeno real do “terceiro setor”.³

A expressão “Terceiro Setor”,⁴ como é cediço, surgiu a partir de um recorte realizado nas esferas sociais: de um lado, estaria o Estado, o primeiro setor; de outro, o Mercado, o segundo setor. Entre estes, operaria a sociedade civil organizada: esta é justamente o *iter* componente do terceiro setor. Nesta extensão, o “Terceiro Setor” apareceu, segundo aduz a doutrina dominante, para superar a dicotomia arquetípica entre público e privado; este terceiro setor, imiscuído entre as relações do Estado e do Mercado, seria justamente a articulação entre o primeiro e o segundo, na exata medida em que entre eles se posiciona.

Para Boaventura de Souza SANTOS, o “Terceiro Setor” é formado por um “conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas não visam fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”.⁵

Definindo “Terceiro Setor”, José Eduardo SABO PAES aponta:

Portanto, o Terceiro Setor é aquele que não é público e nem privado, no sentido convencional desses termos; porém, guarda uma relação simbiótica com ambos, na medida em que ele deriva sua própria identidade da conjugação entre a metodologia deste com as finalidades daquele. Ou seja, o Terceiro Setor é composto por organizações de natureza “privada” (sem o objetivo do lucro) dedicadas à consecução de objetivos sociais ou públicos, embora não seja integrante do governo (Administração Estatal).⁶

Neste viés, o “Terceiro Setor” é compreendido como aquele situado entre o Estado e o Mercado, imbuído da lógica e da estrutura de ambos e que, composto de entes diversificados, atua na promoção do bem estar social. Remata PAES:

Podemos, assim, conceituar o Terceiro Setor como o conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo

³ *Ibidem*, p. 63.

⁴ Firme-se, desde já, que há inúmeras outras denominações utilizadas para exprimir este conjunto: setor não lucrativo (*non profit sector*), setor de utilidade pública, economia social, setor voluntário (*voluntary sector*), setor independente, organizações não lucrativas, ONGs, sociedade civil organizada, organizações voluntárias, *charity*, *philantropy*, dentre outras mais.

⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado**. *Apud* ROCHA, Sílvia Luís F. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 15.

⁶ PAES, José Eduardo Sabo. *op. cit.*, p. 275-276. No mesmo sentido, Vital MOREIRA conceitua este terceiro setor como “[...] um setor intermediário ente o Estado e o mercado, entre o sector público e o privado, que compartilha de alguns traços de cada um deles” (MOREIRA, Vital. *Apud* OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Contrato de Gestão**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 278).

principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento.⁷

Outros autores, imersos no mesmo raciocínio, propõem definições semelhantes a esta. Assim é que, em recente obra, Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA conceitua “Terceiro Setor” como:

[...] o conjunto de atividades voluntárias desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possam firmar parcerias e receber investimentos.⁸

A despeito destas considerações, num viés mais crítico, Fernando Borges MÂNICA tece algumas conclusões acerca da expressão “Terceiro Setor” e de suas nuances:

[...] o uso indiscriminado da expressão acabou por tornar o conceito de Terceiro Setor albergue para todos os modelos de entidade que não se enquadrem no conceito dos outros dois setores. Essa ausência de uma definição precisa de Terceiro Setor faz com que sua utilização muitas vezes mais confunda do que explique.⁹

De acordo com o raciocínio do autor, tradicionalmente, o “Terceiro Setor” é pensado como a “área dentro da qual se encontram todas as entidades que não fazem parte do Estado e do mercado”,¹⁰ detendo, cumulativamente, as características de possuir natureza privada, ausência de finalidade lucrativa, institucionalização, auto-administração e atuação voluntária. Nesse passo, conclua-se, nem todas as entidades deste terceiro setor possuiriam finalidade pública, podendo a expressão abarcar uma infindável realidade jurídica composta de estruturas sociais de natureza absolutamente diversa.

Nesta toada, alerta Fernando Borges MÂNICA que a abordagem do “Terceiro Setor” não pode ser realizada com a utilização de um conceito amplo e residual (subsidiário entre o Estado e o Mercado); ao revés, aponta tal jurista que “para a dogmática jurídica, a adoção de um conceito de Terceiro Setor

⁷ *Idem*.

⁸ OLIVEIRA, Gustavo H. Justino de. **Contrato de Gestão...** *op. cit.*, p. 279.

⁹ MÂNICA, Fernando Borges. **Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP.** In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o Público e o Privado.** Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 164.

¹⁰ *Ibidem*, p. 165.

correspondente à totalidade das entidades sem fins lucrativos é inútil, pois a tal categoria não corresponde um regime jurídico próprio”.¹¹ E conclui:

Assim, entende-se lícito conceituar Terceiro Setor como o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, de caráter voluntário e sem fins lucrativos, que (i) desenvolvam atividades de defesa e promoção dos direitos fundamentais ou (ii) prestem serviços de interesse público.¹²

De modo semelhante, abordando o “Terceiro Setor” em “âmbito público”,¹³ Egon Bockmann MOREIRA define os entes que o compõe como

[...] pessoas jurídicas de Direito Privado, submetidas espontaneamente ao influxo (ao menos parcial) de regras de Direito Público, que desenvolvem atividades de interesse social (não-exclusivas do Estado), com o apoio da Administração.¹⁴

Nessa mesma linha, aduz Sílvio Luiz da ROCHA:

Os entes que o integram [o Terceiro Setor] são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre os seus objetivos sociais, o lucro, e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público.¹⁵

Interessante também as ponderações de Juarez FREITAS, para quem o “Terceiro Setor não está, a bem dizer, entre o direito público e o direito privado, mas no direito público e no direito privado [...]”.¹⁶

Num viés sociológico, pondera Jürgen Habermas:

Assim, a longo prazo, ao intervencionismo estatal na esfera social corresponde também a transferência de competências públicas para entidades privadas. E à ampliação da autoridade pública a setores privados também está ligado o processo correlato de uma substituição de poder público por poder social. Somente esta dialética de uma socialização do Estado que se impõe, simultaneamente com a estatização progressiva da sociedade, é que pouco a pouco destrói a base da esfera pública burguesa:

¹¹ *Ibidem*, p. 167.

¹² *Ibidem*, p. 175.

¹³ Quer-se significar, com tal locução, que referido autor, ao definir “Terceiro Setor”, prefere seguir um viés mais publicístico, ao contrário de autores como José Eduardo Sabo PAES, já citado, que tratam a expressão num sentido mais privatístico. A título de exemplificação deste posicionamento do autor, veja-se a seguinte passagem: “Em suma, o terceiro setor tem por objeto o chamado ‘setor público não-estatal’ [...] é um setor híbrido da economia, em que as pessoas privadas organizam-se com o intuito de exercer atividades públicas e não-lucrativas”(MOREIRA, Egon Bockmann. **Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus ‘Vínculos Contratuais’ com o Estado**. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 264).

¹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **Organizações Sociais...** *op. cit.*, p. 262.

¹⁵ ROCHA. *op. cit.*, p. 15.

¹⁶ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 439.

- a separação entre Estado e sociedade. Entre ambos e, ao mesmo tempo, a partir de ambos, surge uma esfera social repolitizada, que escapa à distinção entre 'público' e 'privado'.¹⁷

Relacionando a temática do “Terceiro Setor” com o tema central da presente pesquisa, caras as reflexões de Maria Fonseca Tereza DIAS, ao afirmar que a expressão “terceiro setor” começou a ser utilizada pelos juristas brasileiros somente “após o advento do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e dos estudos desenvolvidos [...] a partir de 1996 [...]”.¹⁸

Inadmissível, neste passo, não se furtarem as considerações de Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, citação a ser reiterada nesta pesquisa, que assentou sua preferência absoluta pela expressão “Público não-estatal” ao invés da expressão “Terceiro Setor”, enfatizando a questão da finalidade pública como elemento essencial componente das entidades do “Terceiro Setor”.¹⁹ Por conta disso, o autor procede a uma interessante distinção entre “público”, “privado” e “corporativo”, sendo que a atuação do terceiro setor estaria compreendida na primeira esfera.

Criticando a utilização “dominante” do termo “terceiro setor”, Carlos MONTAÑO aponta quatro debilidades da expressão.²⁰ *Primo*, porque constata, à semelhança do que fazem outros autores, que o terceiro setor é, na verdade, o primeiro setor, haja vista que o Estado e suas instituições, e também o mercado, são produzidos pela sociedade e para a sociedade, que seria então, legitimamente, o “verdadeiro” primeiro setor. Em segundo lugar, uma importante crítica diz respeito à absoluta celeuma doutrinária no que tange à delimitação de quais entidades

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 170. E prossegue: “O momento ‘publicitário’ do interesse público liga-se, nessa medida, com o momento jurídico privado da formulação contratual, com o que surge uma nova esfera, com concentração de capital e intervencionismo, a partir do processo correlato de uma socialização do Estado e de uma estatização da sociedade. Esta esfera não pode ser entendida completamente nem como sendo puramente privada nem como sendo genuinamente pública; também não pode ser univocamente classificada no âmbito do Direito Privado ou do Direito Público” (*Ibidem*, p. 180). No mesmo sentido, restringindo sua análise aos Estados Unidos, Tocqueville ponderou: “Em país algum do mundo se utilizou com tamanho sucesso o princípio da associação, e se aplicou o mesmo a maior número de objetivos, quanto na América. Além das associações permanentes, estabelecidas por lei, sob os nomes de distritos, cidades, municípios e condados, forma-se e mantém-se um vasto número de outras por iniciativa de indivíduos privados” (TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracia na América**. São Paulo: Nacional, 1969. p. 112). Por fim, Giddens: “A política da terceira via, seria possível sugerir, advoga uma *nova economia mista*. [...] A nova economia mista busca [...] uma nova sinergia entre os setores público e privado, utilizando o dinamismo dos mercados mas tendo em mente o interesse público” (GIDDENS, Anthony. **A Terceira Via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. Trad. Maria Luiza X. A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 109).

¹⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 98.

¹⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal**. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill (orgs.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 16-17.

²⁰ MONTAÑO. *op. cit.*, p. 66-71.

realmente compõem o cenário deste “Terceiro Setor”. *Tertio*, aponta MONTAÑO que “terceiro setor” é um termo que mais confunde do que esclarece, porquanto reúne numa mesma categoria organizações e entidades completamente diferentes. Por fim, a última debilidade do termo constitui o fato de que as principais características deste terceiro setor, na realidade, não parecem caracterizar todas as entidades que são consideradas como integrantes desta esfera, de modo a agudar ainda mais a discussão doutrinária acerca dos integrantes do “Terceiro Setor”.

Diante do que restou brevemente exposto acima, é patente concluir pela absoluta impossibilidade de definição apriorística, de modo categórico e perene, do que seria o “terceiro setor”, e principalmente das entidades que o compõem, numa análise *numerus clausus*. Ao revés, crê-se ser possível definir este “Terceiro Setor” com base em critérios fluidos, muito embora taxativos, que assim permitirão um melhor delineamento das características e das entidades que compõem esta esfera social.

Seguindo este raciocínio, para os fins desta monografia, compreender-se-á por “Terceiro Setor”, nos moldes do que pensam os juristas Fernando Borges MÂNICA e Egon Bockmann MOREIRA, o conjunto de entidades de direito privado que, atuando sem finalidade lucrativa, desenvolvem atividades assistenciais de relevante interesse social (assim consideradas aquelas com elevada repercussão positiva na sociedade), podendo, por esse motivo, perceber o influxo de normas do regime jurídico administrativo.

1.2. Evolução Histórica

A temática do histórico do “terceiro setor” se relaciona umbilicalmente à compreensão da própria sociedade civil em evolução, eis que, na maior parte das vezes, são os atores da sociedade civil organizada que comporão o seu cenário. Nesta medida, o histórico do “terceiro setor” confunde-se, em muitos aspectos, com a evolução da sociedade civil mesma.²¹

A doutrina costuma apontar como impreciso o momento do surgimento da sociedade civil e de suas organizações representativas. De acordo com Boaventura

²¹ Acerca do assunto, abordando tanto a evolução conceitual quanto histórica do “terceiro setor”, reportamo-nos ao escólio de Maria Tereza Fonseca DIAS (DIAS. *op. cit.*, p. 97-128).

de Souza SANTOS,²² o “terceiro setor” (em essência, mas não a expressão em si) surgiu nos países centrais da Europa no século XIX, num vazo de combate ao capitalismo e com o fito de oferecer alternativas de cunho heterogêneo. Em sua origem, portanto, as organizações representativas da sociedade civil surgiram como meios de pressão, como estruturas reivindicatórias que forçavam a esfera política a satisfazer as necessidades sociais demandadas.

O termo “terceiro setor”, todavia, foi forjado somente nos fins da década de 70 nos Estados Unidos da América, e transbordou à Europa já no início da década de 80, justamente a época de crises em que o aparato estatal entrava em colapso e os governantes buscavam alternativas para a manutenção da eficiência na prestação de serviços públicos. Foi exatamente nesta maré que, na Inglaterra, Margareth Thatcher lançou as bases de sua política neoliberal, procedendo a inúmeras privatizações e repassando a execução de diversos serviços da mão do Estado para os particulares. No Brasil, a inserção do “Terceiro Setor” no discurso oficial de reforma do Estado ocorreu, consoante se verá, na década de 90, mais especificamente no governo FHC, com a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995.

Como pode ser facilmente percebido, as funções da sociedade civil organizada, nos países periféricos, mudaram de forma bastante radical: de entidades combativas, reivindicadoras dos direitos da sociedade, passaram a se aliar ao Estado, buscando parcerias para auxiliar este na prestação de serviços à população. Não que as entidades do “terceiro setor” tenham se desvirtuado em seu papel, longe disso. Entretanto, certamente aproveitaram um momento político favorável (crise do Estado e da governabilidade) para se sobressair como atores políticos, perfazendo, nos dizeres de Boaventura de Souza Santos, ações de *lobbying* junto ao Estado, para obter deste certas vantagens e concessões.²³ De força de combate e resistência, o “terceiro setor” foi “domesticado” pelo Estado, tornando-se como que um apêndice deste na prestação de serviços sociais.

No tocante à evolução da atuação das entidades componentes do “Terceiro Setor”, interessante análise é levada por José Eduardo Sabo PAES:

²² SANTOS, Boaventura de Souza. **A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado**. Apud VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: Uma Análise Crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 120.

²³ *Ibidem*, p. 153.

Observando a trajetória do Terceiro Setor entre nós, podemos identificar nitidamente a existência de uma face bem tradicional, marcada pelo assistencialismo à moda antiga e epitomada pelo paternalismo e a condescendência da esmola; e uma fase mais moderna, dinâmica, onde os direitos sociais passaram a ser reconhecidos como inerentes ao conceito de cidadania em uma sociedade que se pretende civilizada.²⁴

Sob outro enfoque, de acordo com o que discorre Fernando Borges MÂNICA,²⁵ enquanto nos Estados Unidos da América a sociedade civil se formou antes do Estado, no Brasil a herança do modelo de colonização exploratória fez com que se estabelecesse, quase que *ab ovo*, uma forma larvar de Estado, para após surgir uma sociedade civil genuinamente nacional.

No início, desde meados do século XVI, a prestação de serviços de interesse público por particulares esteve sempre vinculada à atuação da Igreja Católica, quadro que foi mudando no descortinar do século XIX, quando grupos sociais – às vezes incentivados pela Igreja, mas ainda assim autônomos – passaram a atuar na defesa de ideários abolicionistas. Somente no século XX, contudo, este quadro sofreu reviravoltas sensíveis, por conta da revolução social provocada pela urbanização e industrialização. Surgiram organizações profissionais, sindicatos, associações de classe e inúmeros outros corpos intermédios criados para a defesa do interesse coletivo. Durante o governo de Getúlio Vargas, apesar da forte restrição aos sindicatos promovida pelo ditador, e a despeito também do que pode ser designado, praticamente, como perseguição às associações de defesa de direitos sociais por parte do Estado, é notável o surgimento de uma importante categoria no então escasso painel do “Terceiro Setor”: os assim denominados “Serviços Sociais Autônomos”.²⁶

No que tange às relações dos componentes do “Terceiro Setor” com a Administração Pública, mister pontuar que desde a década de 20 do século XX as entidades particulares prestadoras de serviços de interesse público já recebiam auxílio do Estado. Tal atividade de subvenção era levada a cabo mediante pedidos endereçados ao Presidente da República, que poderia então conceder os recursos requeridos com base em critérios fluidos e pouco definidos. Neste particular, os recursos utilizados provinham da então denominada “contribuição de caridade”.

²⁴ PAES. *op. cit.*, p. 278.

²⁵ MÂNICA. **Panorama histórico-legislativo...** *op. cit.*, p. 176.

²⁶ Estes serão adiante verticalizados; entretanto, a título de aproximação, é possível apontar que são “pessoas jurídicas de direito privado, mantidas por contribuições sociais e dotação orçamentária, com o objetivo de prestar educação profissional e assistência aos cidadãos vinculados ao setor produtivo” (MÂNICA. **Panorama histórico-legislativo...** *op. cit.*, p. 177).

Adiante, em 1931, criou-se no Brasil a chamada “Caixa de Subvenções”, por meio da qual os pedidos de subvenção social eram analisados pelo Ministério da Justiça, pautando-se em critérios mais rígidos, previamente definidos. Em 1935, foi editada a Lei nº 91, vigente até hoje, que instituiu a Declaração de Utilidade Pública em âmbito federal.²⁷

Ao final da década de 30, instituiu-se o Conselho Nacional do Serviço Social (CNSS), o que, de acordo com MÂNICA, acabou “consolidando a aliança ente o Estado e as entidades prestadoras de serviços de interesse público nas áreas de assistência social, saúde e educação”.²⁸ Com o tempo, a principal função do CNSS passou a ser a de analisar os pedidos de subvenção social, a serem encaminhados ao Ministério da Justiça para aprovação. Em 1951, o CNSS passou também a gerenciar o Registro Geral de Instituições, por conta do que dispunha a Lei nº 1.493/1951. Por consequência disso, surgiu o afamado Registro no âmbito do CNSS, que ao longo do tempo se tornou um dos principais requisitos para a concessão de benefícios estatais às entidades privadas prestadoras de serviço de interesse público. A seguir, nos fins da década de 50, foi editada a Lei nº 3.577/1959, que instituiu o denominado Certificado de Fins Filantrópicos, concedido àquelas entidades que preenchessem os requisitos e já portassem o certificado de utilidade pública (Lei nº 91/35). Cumpre frisar que o fornecimento desta nova certificação inaugurada pela Lei nº 3.577/59 era também de obrigação do CNSS.

A partir da década de 70, deflagrado o ápice do regime ditatorial militar, ocorreram profundas transformações no campo da cidadania. Incentivada parcialmente pela emergência, na Igreja Católica, da Teologia da Libertação, a sociedade civil passou a massificar sua união em sindicatos, associações, movimentos sociais e, principalmente, retomou sua índole de combatividade e seu ideário assistencialista por meio do “*big bang* das ONGs”. Nesta toada, remata Fernando Borges MÂNICA:

Ao cabo deste período, até a Constituição de 1988, pode-se perceber uma importante expansão no número de entidades associativas de benefício mútuo e de defesa de direitos (exceto nos períodos autoritários), independentes do apoio estatal. De outro lado, é possível verificar aumento

²⁷ No que concerne à declaração de utilidade pública, explica Fernando Borges MÂNICA: “Trata-se de um reconhecimento do poder público federal às entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, constituídas no país, que não remuneram seus dirigentes, que estejam em efetivo funcionamento e sirvam desinteressadamente à coletividade” (*Idem*).

²⁸ *Idem*.

da participação do Estado na prestação direta de serviços de interesse público, bem como a proximidade entre o Estado e as entidades prestadoras de tais serviços, com base na outorga de títulos e certificados”.²⁹

À época da promulgação da Constituição de 88, imersa no movimento de redemocratização pós-ditatorial, é possível distinguir dois fenômenos sociais diametralmente opostos no que diz respeito à atuação do Terceiro Setor em parceria com o Estado: de um lado, houve uma crescente desmoralização social das relações entre a Administração Pública e o “Terceiro Setor”, agravada com o escândalo dos “anões do orçamento”;³⁰ de outra banda, cresceu de modo assombroso o número de associações civis, tanto em nível interno quanto internacional. Nesse panorama, a Constituição Republicana de 1988, pela primeira vez no Brasil, expressamente atribuiu à sociedade civil, em conjunto com o Poder Público, o dever de contribuir para a consecução dos objetivos visados pelo Estado, por meio da atuação de associações privadas sem finalidade lucrativa.³¹

Apesar disso, o Estado Social reproduzido na Constituição de 1988 entrava em crise, tanto econômica quanto política, o que levou o então Ministro da Administração e Reforma do Estado de FHC, Luiz Carlos Bresser Pereira, a propor profundas mudanças no aparelho do Estado e em seu modo de Administração. Neste contexto, um dos pontos de maior destaque da Reforma Gerencial tocou justamente o ponto da prestação de serviços pelo Estado. Uma das propostas essenciais para a reforma da Administração Pública Burocrática era, como se verá, o repasse, à esfera de atuação privada, da execução das atividades “não exclusivas” do Estado, esfera esta que o Bresser convencionou denominar “Pública não-estatal”.

Com isto, cresceram infinitamente em importância as entidades do Terceiro Setor, que na Reforma Gerencial passaram a ser um dos pilares essenciais para a concretização da reforma administrativa, porquanto esta somente se efetivaria com a parceria fiel entre Estado e “Terceiro Setor” na prestação dos serviços ditos “não-exclusivos”. Aliás, foi exatamente a guinada na compreensão do “Terceiro Setor”, operada pela construção de Bresser Pereira quando da proposta de Reforma Gerencial, que inspirou nosso interesse no tema das Parcerias entre a Administração Pública e tais entidades.

²⁹ *Ibidem*, p. 179-180.

³⁰ Quando então se difundiu o uso da expressão pejorativa “pilantropia”

³¹ Neste sentido, vide os artigos 199, §1º; 204, I; 205; 213; 216, §1º; 227 *caput* e §1º; todos da Constituição de 88.

2. EVOLUÇÃO DO PAPEL DO ESTADO NA ESFERA SOCIAL E REFORMA ADMINISTRATIVA

Se é verdade que o Direito deve se aderir ao máximo à sociedade, objeto e fim último de sua regulação, mais verdadeira ainda é a constatação de que o Estado, como ente soberano responsável pelo bem-estar dos cidadãos, deve reformar seu aparato sempre que este se tornar obsoleto frente às necessidades sociais cada vez mais complexas e massificadas.

Neste viés, abordar o tema da reforma do Estado – em específico, da reforma da Administração Pública – é, em última análise, um estudo acerca das tentativas empreendidas pelos dirigentes estatais em busca do “equilíbrio perfeito” entre as demandas sociais e os mecanismos oficiais para sua satisfação.

2.1. Estado Social e “Social-Democracia”: da Administração Pública Burocrática à Gerencial

2.1.1. Panorama mundial

Antes de analisar o surgimento e as características da Administração Pública Gerencial no Brasil, é necessário realizar um estudo diacrônico global, ainda que sucinto, remontando aos tempos da Administração Burocrática à la Weber e, até mesmo antes disso, às características da Administração Patrimonial, típica dos Estados Absolutistas.

O Estado Absolutista, modelo com expoente nos sécs. XVI e XVII na Europa, destacou-se pelo governo monárquico dos déspotas, reis autoritários que governavam com punho de ferro suas Nações. O tipo de administração vigente neste Estado, marcadamente ditatorial, foi a chamada Administração Patrimonial: nesta, confunde-se o patrimônio do Estado com o do Rei,³² quer dizer, “a *res publica* não é diferenciada da *res principis*”,³³ imperam práticas como o coronelismo e o clientelismo; a corrupção e o nepotismo são a regra, e não a exceção.

³² Como já assenta a célebre expressão proferida pelo déspota francês: *L'Etat c'est moi*.

³³ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE/Secretaria da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: MARE, 1995. p. 15.

Com o surgimento do pensamento liberal, no séc. XIX, e principalmente em decorrência das Revoluções Burguesas que irromperam em toda a Europa neste período, o modelo estatal patrimonialista tornou-se obsoleto e passou a ser fortemente combatido, principalmente por conta da burguesia em ascensão.³⁴

Era necessário, de uma vez por todas, separar o patrimônio do Estado daquele de seu dirigente, pôr fim às práticas clientelistas, acabar com o nepotismo e com a corrupção, tudo com o fito de garantir a ideologia revolucionária da liberdade e da propriedade. Assim, instaura-se uma Administração Burocrática,³⁵ inspirada no tipo de dominação racional-legal de Max Weber,³⁶ pautada na desconfiança de todos e em todos os agentes públicos, com submissão a procedimentos rígidos, numa estruturação hierárquica piramidal com controle *a priori* das atividades administrativas.

No entanto, não se previu (ao menos aparentemente) que, nesta nova lógica, a Administração, ao invés de voltar-se à satisfação das necessidades de seus “súditos”, voltar-se-ia a si própria, tornando-se uma Administração auto-referencial, autopoietica: existia para procedimentos e escalonamentos, e não para a sociedade, vivia e se reproduzia em si mesma.³⁷

Ora, numa análise histórica, nada mais adequado a um Estado Liberal burguês, pretendido ausente e individualista, onde as garantias fundamentais

³⁴ Paulo BONAVIDES resume este período da história em um parágrafo: “A queda da Bastilha simbolizava, por conseguinte, o fim imediato de uma era, o colapso da velha ordem moral e social erguida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio, debaixo da égide do Absolutismo; simbolizava também o começo da redenção das classes sociais em termos de emancipação política e civil, bem como o momento em que a Burguesia, sentindo-se oprimida, desfaz os laços de submissão passiva ao monarca absoluto e se inclina ao elemento popular numa aliança selada com as armas e o pensamento da revolução; simboliza, por derradeiro, a ocasião única em que nasce o poder do povo e da Nação em sua legitimidade incontrastável” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40).

³⁵ Mister esclarecer, desde já, que o termo “burocracia” não será utilizado no presente estudo no seu sentido negativo, pejorativo, popularmente consagrado como sinônimo de ineficiência, amontoado de papeis e carimbos, trâmites morosos e filas, mas sim no sentido que lhe conferiu Max Weber, como forma mais racional de exercício da dominação. Sobre o tema, interessante a análise acerca dos sentidos do termo “burocracia” procedida por Alberto Guerreiro Ramos (RAMOS, Alberto Guerreiro. **Administração e Estratégia de Desenvolvimento: Elementos de uma Sociologia Especial da Administração**. Rio de Janeiro: FGV, 1966. p. 245-260). Num viés mais descontraído, mas não menos profundo e reflexivo, Carlos Ari Sundfeld parece fazer alusão a uma espécie de Administração burocratizada sob a divertida denominação “Direito administrativo dos *clips*”, em oposição a um “Direito administrativo dos negócios”. (SUNDFELD, Carlos Ari. **O Direito Administrativo entre os clips e os negócios**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 87-93).

³⁶ Sobre o tema, cf. clássica obra do autor, WEBBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Dois Volumes. Brasília: Ed. UnB.

³⁷ Remata, neste sentido, Luiz Carlos Bresser Pereira: “Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos”. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Da Administração Pública Burocrática à Gerencial**. In: Revista do Serviço Público, nº 47, janeiro-abril de 1996.

restringiam-se aos direitos de liberdade e propriedade, sendo a função do Estado renegada a mero “Guardião”.

Contudo, sobretudo no período entre guerras, passou-se a enxergar o Estado sob uma óptica completamente diversa. De mero guardião das liberdades e garantidor das propriedades, passou a ser considerado responsável pela reconstrução da Nação, necessário garantidor de novos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos e, principalmente, essencial promotor de políticas públicas e prestador de serviços à população.³⁸

O Estado agigantou-se e, com ele, a Administração Pública passou a ter de funcionar cada vez mais eficazmente na persecução de seus resultados, ao passo que mantinha os rígidos padrões burocráticos de outrora. Logicamente, esse equilíbrio instável não perduraria por muito tempo e, já na década de 60 do séc. XX, o mundo começou a receber os influxos de novos ideários, buscando tornar a Administração Pública mais eficiente e menos procedimentalista.

Foi exatamente neste momento, de crise de governabilidade do Estado e de crise de eficiência da Administração Pública, que o mundo enxergou a necessidade de uma nova reestruturação administrativa: se a administração patrimonialista não serviu ao Estado Liberal, a administração burocrática não mais estava prestando ao gigante Estado Social. Pondera Manoel Eduardo Alves CAMARGO E GOMES:

Parece evidente que a fertilidade do solo para a semeadura deste projeto [referindo-se ao projeto neoliberal] está diretamente relacionada às decantadas crises (fiscal, de legitimação e de governabilidade) do Estado de Bem-Estar Social [...].³⁹

A partir desta constatação, agravou-se a insuficiência da Administração Burocrática frente à enorme quantidade de encargos – notadamente sociais – de incumbência do novo Estado surgido no pós-guerra. Os recursos eram escassos; a arrecadação, limitada. Iniciou-se uma onda de crises econômicas nos países de centro, repercutindo seus efeitos também nos países periféricos, e disso advieram crises de governabilidade e de legitimidade. A reforma, de iminente, tornou-se urgente.

³⁸ Para aprofundamentos no tema, indispensável a leitura da obra: BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004. Aqui, o autor demonstra com maestria todas as nuances por que passou o Estado Liberal burguês, desde sua instauração até sua superação pelo Estado Social, no período entre guerras.

³⁹ CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. **Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas**. In: **Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: EDIBEJ, 1996. p. 127.

Somente nas décadas de 80 e 90 as respostas mais consistentes foram propostas. Na Inglaterra, o governo de Margareth Thatcher foi um dos pioneiros na implementação de políticas neoliberais visando à transferência das atividades estatais a particulares, num profundo programa nacional de desburocratização da administração pública, com caracteres amplamente gerenciais. Trazem-se à colação novamente as ponderações de Manoel Eduardo Alves CAMARGO E GOMES:

A ideologia, na forma de propaganda simplificadora, do Estado incompetente, ineficiente, corrupto, letárgico, obeso e de um mercado austero, ágil, eficiente, probo, voltado para a qualidade total, é utilizada em dois sentidos: de um lado, legitima importantes itens da pauta neoliberal; de outro, ampliando enormemente o *déficit* de legitimação política do Estado, reduz seu custo, legitimando o modelo preconizado pelos neoliberais. O Estado que tudo prometia e pouco cumpria é deslegitimado para legitimar um Estado que tão pouco promete e, por isso, aparenta tudo cumprir.⁴⁰

A partir de então, iniciou-se em diversos países um amplo processo de desestatização, de modo a retirar do Estado tantos fardos quantos fossem possíveis, a fim de manter sob sua responsabilidade somente as atividades realmente essenciais. Pelo princípio da subsidiariedade, herança da Doutrina Social da Igreja Católica, o Estado (Administração Central) passou a transferir, com vistas à eficiência na prestação de serviços, muitas das suas atividades às entidades da Administração Indireta (descentralização) e às entidades de direito privado (desestatização). Tal inspiração, como não poderia deixar de ser, não passou despercebida em nossa realidade: em 12 de abril de 1990 foi promulgada a Lei nº 8.031, a qual criou o assim chamado Plano Nacional de Desestatização.

Se antes o Estado era subsumido à pessoa do rei, depois passou a ser mero guardião, e por último prestador de serviços e promotor do bem estar social, a partir da década de 70 passou a aproximar-se, cada vez mais, de um “Estado Regulador”, reduzindo seu papel de executor ou prestador direto de serviços, e mantendo-se no papel de regulador destes. A esta resposta à ineficiência da Administração Burocrática frente ao Estado Social, engendrando um novel formato estatal – acusado por alguns de possuir contornos neoliberais –, convencionou-se denominar “Administração Gerencial”.⁴¹

⁴⁰ *Ibidem*, p. 127-128.

⁴¹ Interessante notar como a mudança paradigmática burocrático-gerencial se deu de modo diferenciado em relação à transformação patrimonial-burocrática. Nesta, por conta das revoluções burguesas, a estrutura do

2.1.2. As reformas administrativas brasileiras: Reforma Burocrática de 36 e Reforma Desenvolvimentista de 67.

Antes da Reforma Gerencial, houve no Brasil duas grandes reformas administrativas.⁴² A primeira, dita Reforma Burocrática, foi operada a partir de 1936 durante o governo Vargas; a segunda iniciou-se em 1967, com a edição do Decreto nº 200, mas foi logo revertida com a promulgação da Constituição de 1988.

Até 1936, a Administração Pública no Brasil possuía um cunho marcadamente patrimonialista. Exemplo clássico desta constatação é o próprio modo de conquista de votos nas eleições para Presidente da República: eram práticas eleitorais típicas à época o coronelismo, o clientelismo, o “voto de cabresto” e a “política da degola”.

Contudo, eleito em 1929, Getúlio Vargas prometeu uma verdadeira revolução na Administração Pública do país, intentando a superação completa do modelo patrimonialista vigente até então, com a eliminação das práticas coronelistas, do nepotismo e, principalmente, da corrupção.

Em 1936, iniciou-se a reforma com a criação do Conselho Federal de Serviço Público Civil, posteriormente transformado em Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP. A criação do DASP representou o início de uma nova era no modo de administrar o país. Baseada nos princípios de administração do exército prussiano, a administração burocrática pretendida em 36 por Maurício Nabuco e Luiz Simões Lopes contava com as seguintes características: ingresso no serviço público por concurso, critérios gerais e uniformes de classificação de cargos, organização dos serviços de pessoal e de seu aperfeiçoamento sistemático,

Estado modificou-se (de Estado Absoluto para Estado Liberal), para então ser adequado o modo de operação da sua administração. De outra banda, na mudança burocrático-gerencial, ante o surgimento do Estado Social e a inadequação do aparelho estatal burocrático para administrá-lo, intentou-se primeiramente a reforma da Administração, de burocrática para gerencial, o que então engendrou a mudança das características estruturais do Estado em si, que passou a ter contornos neoliberais. Num caso, as revoluções romperam frontalmente com a estrutura estatal, para então modificar seu aparato administrativo; noutro, lançou-se mão de programas desenvolvimentistas para reestruturar, primeiro, o aparelho do Estado e, posteriormente, alterar a essência do próprio Estado. Como se ao Estado Absoluto correspondesse a Administração Patrimonial; ao Estado Liberal, a Administração Burocrática; ao Estado Regulador (neoliberal?) a Administração Gerencial; restando o Estado Social sem um correspondente adequado. Bresser reformará essa afirmação, sustentando que a reforma gerencial proposta nos anos 90, no Brasil, não pretendeu dotar o Estado de caracteres neoliberais, mas sim, “Social-Liberais Democráticos” (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Uma Nova Gestão para um Novo Estado: Liberal, Social e Republicano**. In: Revista do Serviço Público, nº 52, janeiro de 2001).

⁴² Ou melhor, uma e meia, conforme alerta Bresser (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**. São Paulo: 34, 2002. p. 163).

administração orçamentária, padronização das compras do Estado, racionalização geral de métodos, centralização das decisões com base no princípio da unidade de comando, hierarquia rígida, rotinas fixas, estabilidade dos servidores, controle *a priori* e passo a passo dos atos e processos administrativos.⁴³

Trata-se, numa breve análise, de modelo fielmente baseado no tipo ideal burocrático de Max Weber, onde os princípios principais são a organização formal (rigidez hierárquica), a racionalidade (adequação de sentido, ou seja, rigidez procedimental) e a eficiência.

Como se sabe, Vargas foi deposto em 1945. Tal fator político foi de extrema importância, fazendo com que faltasse à reforma burocrática o respaldo que lhe conferia o regime autoritário. Após isto, o Brasil viveu um período paradigmático, no qual a burocracia tentava se instaurar definitivamente, mas o patrimonialismo ainda lutava, agonizante, para manter seu espaço – o que, a bem da verdade, verifica-se até hoje, com a sobrevivência de práticas de nepotismo e corrupção.

A reforma burocrática pretendida pelo governo de Vargas sequer tinha se instaurado plenamente no país quando, em 1967, sob a égide do regime ditatorial militar, foi editado o Decreto-Lei nº 200/67, fruto da Comissão Amaral Peixoto, revolucionando uma vez mais a lógica de atuação da Administração Pública brasileira.

Este decreto simbolizou a primeira grande tentativa de se instaurar, no país, um modelo de administração pública vanguardista,⁴⁴ voltada verdadeiramente ao desenvolvimento e à satisfação das necessidades sociais, ao contrário da (assim acusada) formalista reforma burocrática promovida por Vargas. Tanto é assim que a reforma promovida pelo Decreto 200/67 foi por muitos denominada “Reforma Desenvolvimentista”, visando substituir a administração burocrática por uma “administração para o desenvolvimento”.

Esta reforma, como é evidente, adequava-se perfeitamente à política nacional da época: em 1967, o Brasil dava seus primeiros passos como país

⁴³ Para maior aprofundamento, cf. BRESSER PEREIRA. **Reforma do Estado...** *op. cit.*; BRESSER PEREIRA. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**. São Paulo: 34, 1996; WAHRlich, Beatriz. **A Reforma Administrativa da Era de Vargas**. Rio de Janeiro: FGV, 1983.

⁴⁴ Importante destacar a expressão “primeira *grande* tentativa”, na medida em que, nos dizeres de Bresser Pereira, as raízes da Administração Pública gerencial brasileira remontam, na verdade, a 1938, logo após o início da Reforma Burocrática do governo Vargas, quando foi criada a primeira Autarquia no país, símbolo da descentralização administrativa visando à eficiência (cf. BRESSER PEREIRA, **Reforma do Estado...** *op. cit.*, p. 163-167).

submetido ao regime ditatorial militar iniciado em 1964, regime este de cunho claramente desenvolvimentista.

Cristalizara-se o entendimento de que um serviço público profissional, eficiente e desatado das amarras da burocracia seria essencial para a retomada do desenvolvimento do país, estagnado que estava desde a crise econômica do início dos anos 60. Por conta disso, almejando uma reestruturação administrativa nacional, instituiu-se, já no governo de Castello Branco, a Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa – COMESTRA – sob a presidência do Ministro de Planejamento Roberto Campos. Com o riquíssimo auxílio de Hélio Beltrão, arauto do gerencialismo no país, introduziram-se no documento que passaria a ser o Decreto-Lei nº 200/67 diretrizes de cunho nitidamente pioneiro, voltadas ao desenvolvimento nacional.

As principais linhas de reforma contidas no Decreto nº 200/67 são: (i) a introdução de cinco princípios fundamentais para a reforma: planejamento, descentralização,⁴⁵ delegação de competência, coordenação, controle; (ii) a expansão das empresas estatais e a disseminação de órgãos da Administração, dotados de plena autonomia; (iii) o fortalecimento do “sistema de mérito” na promoção dos servidores públicos; (iv) a estruturação de um novo plano de carreira; (v) reformulação dos Ministérios e demais setores da administração “direta”.

Paradoxalmente, desde a edição do Decreto Lei nº 200/67 até 1979, a reforma administrativa instaurada foi conduzida, em conjunto, pela Subsecretaria de Modernização e Reforma Administrativa – SEMOR (subordinada à principal secretaria da época, a SEPLAN – Secretaria de Planejamento), e pelo DASP,⁴⁶ Departamento criado no governo Vargas e que, ainda preso aos princípios da Reforma Burocrática já ultrapassada, teve a missão fracassada de elaborar um novo Plano de Classificação de Cargos.

A partir de 1979, iniciou-se uma fase da reforma marcada por novas tendências e prioridades. Hélio Beltrão, que já havia participado da elaboração do diploma regente da orquestra que foi a Reforma Desenvolvimentista da década de 70, tornou-se, entre 1979 e 1983, Ministro da Desburocratização do governo

⁴⁵ Para Bresser Pereira, este foi o aspecto mais marcante da Reforma Desenvolvimentista, com a criação de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais, as quais impulsionaram de forma surpreendente o desenvolvimento econômico almejado (BRESSER PEREIRA, **Reforma do Estado...** *op. cit.*).

⁴⁶ Extinto em 86, o DASP deu lugar à Secretaria de Administração Pública da Presidência – SEDAP, a qual, por sua vez, foi incorporada à SEPLAN em 89.

Figueiredo. Nesta posição, combateu duramente a centralização, o formalismo e a desconfiança da administração, características ínsitas ao modelo pretendido pela ultrapassada Reforma Burocrática de 36. Já em 1979, Beltrão lançou seu Programa Nacional de Desburocratização, o qual visou “retirar o usuário da condição colonial de súdito para investi-lo na de cidadão, destinatário de toda a atividade do Estado”.⁴⁷

Em remate ao exposto, sintetiza Luiz Carlos BRESSER PEREIRA:

Em síntese, a Reforma Desenvolvimentista foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Toda a ênfase foi dada à descentralização mediante a autonomia da administração indireta, a partir do pressuposto da rigidez da administração direta e da maior eficiência da administração descentralizada.⁴⁸

Pelo Decreto-Lei 200/67, foram transferidas as atividades produtivas para autarquias, fundações,⁴⁹ empresas públicas e sociedades de economia mista; instituíram-se como princípios da administração o planejamento, o orçamento e o controle de resultados; flexibilizando a atuação da administração pública, buscava-se maior eficiência nas atividades econômicas do Estado.⁵⁰

Afirma Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO:

Pela primeira vez tentou-se com êxito harmonizar a ordem administrativa com a ordem constitucional [...] Planejando, coordenando, descentralizando, delegando competência e exercendo o controle, a Administração se instrumentaliza em termos de melhor atendimento dos serviços públicos.⁵¹

Entretanto, alerta BRESSER PEREIRA que referido diploma trouxe duas conseqüências um tanto indesejáveis:

⁴⁷ BELTRÃO, Hélio. **Descentralização e Liberdade**. *Apud* BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**, *op. cit.*, p. 171-172.

⁴⁸ BRESSER PEREIRA **Reforma do Estado...** *op. cit.*, p.172.

⁴⁹ Acerca das fundações, aduz Bresser: “Através das fundações (que antecipavam as organizações sociais criadas na Reforma Gerencial de 1995) o Estado dava grande autonomia administrativa para os serviços sociais e científicos, que passavam, inclusive, a poder contratar empregados celetistas” (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Do Estado Patrimonial ao Gerencial**. In: PINHEIRO, WILHEIM e SACHS (orgs.). **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo: Cia das Letras, 2001. p. 236).

⁵⁰ Perceba-se, portanto, que o ideal de “eficiência” não surge como princípio da Administração Pública somente por conta da Emenda Constitucional nº 19/98, estando já presente na Reforma Desenvolvimentista de 67. Neste viés, interessante análise acerca do assunto é procedida por Emerson Gabardo: “Porém, é preciso relembra que o ideal de eficiência não aparece somente por conta da crise do Estado, mais especificamente, uma crise do Estado Providência, estando presente desde a fundação do Estado moderno, quando se incorporou à esfera pública a noção iluminista de racionalização” (GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 19).

⁵¹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Comentários à Reforma Administrativa Federal: exegese do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 30. Prossegue o autor: “Foi esse, sem dúvida, o espírito legislativo que orientou a feitura do Decreto-Lei nº 200, colocando a Administração, sem quebra de sua vontade, no mesmo nível do administrado” (*Ibidem*, p. 36).

De um lado, ao permitir a contratação de empregados sem concurso público, facilitou a sobrevivência de práticas patrimonialistas e fisiológicas. De outro lado, ao não se preocupar com mudanças no âmbito da administração direta ou central, que foi vista pejorativamente como 'burocrática' ou rígida, deixou de realizar concursos e de desenvolver carreiras de altos administradores. O núcleo estratégico do Estado foi, na verdade, enfraquecido indevidamente por meio de uma estratégia oportunista do regime militar, que [...] preferiu contratar os escalões superiores da administração por intermédio das empresas estatais.⁵²⁻⁵³

Ao final, o regime desenvolvimentista-protetionista adotado pelo regime militar entrou em crise, apesar dos esforços do Ministério da Desburocratização na implementação do PND – Programa Nacional de Desburocratização. Crise esta não somente econômica, representada pela iminente crise fiscal que sondava o país desde os anos 70 e agravada nos anos 80, mas também uma crise do modelo intervencionista adotado, e, por fim, uma crise de governança.⁵⁴

Como havia acontecido anteriormente com a Reforma Burocrática intentada no governo Vargas a partir de 1936, a Reforma Desenvolvimentista promovida pelo Decreto-Lei nº 200/67 sequer estava completamente implementada quando, na transição democrática ocorrida a partir de 1985, o ideário da Administração Pública no Brasil dá nova guinada com a promulgação da Constituição da República de 1988.

2.1.3. A Constituição Burocrática de 88

Ao contrário do que se supôs, a transição democrática pós-ditatorial não proporcionou o espaço ideal para uma verdadeira e profunda reforma da Administração Pública brasileira. A Reforma Desenvolvimentista de 67 ainda buscava sua real implementação quando, na década de 80, forças políticas de cunho burocrático e de inspiração populista compuseram o Congresso Nacional e, aliados à centro-esquerda burocrática e nacionalista, fazem promulgar a Constituição da República de 1988.

⁵² O Decreto 200/67 previa que, nas entidades descentralizadas, a contratação de pessoal se submeteria ao regime de direito privado. O que acabava ocorrendo era que, ao invés da realização de concurso público, os servidores das entidades descentralizadas eram recrutados nas empresas públicas.

⁵³ BRESSER PEREIRA. **Reforma do Estado ...** *op. cit.*, p. 172.

⁵⁴ Para Bresser, governabilidade e governança são conceitos distintos. Enquanto o primeiro significa a capacidade política de governar, derivada da legitimidade do Estado e de seu governo, o segundo quer significar a capacidade fática, real, de um governo implementar políticas. (*Ibidem*, p. 33).

Dirigindo forte crítica a este momento da História brasileira, assevera Luiz Carlos BRESSER PEREIRA:

[...] esses grupos burocráticos aproveitam o fato para impor na nova constituição princípios burocráticos próprios do século passado, que a Reforma Desenvolvimentista de 1967 já havia desautorizado. Por isso a constituição irá sacramentar os princípios de uma administração pública arcaica, burocrática ao extremo. Uma administração pública altamente centralizada, hierárquica e rígida, em que toda a prioridade será dada à administração direta ao invés da indireta.⁵⁵

Para Bresser, a Constituição de 88, ao invés de acompanhar as tendências e orientações modernas no campo da administração pública, resolveu tapar os olhos ao novo, não notando o importante passo que pretendia dar o Decreto-Lei nº 200/67 como resposta à ineficiência estatal brasileira. Assim é que, para Bresser, em vez de completar a acanhada tentativa de reforma contida no Decreto 200/67, os Constituintes de 88 retornaram à velha burocracia, fazendo constar no bojo da Carta regras que, por exemplo: instauravam um regime jurídico único para todos os servidores civis da administração pública direta; estabeleciam um regime de estabilidade rígida para os servidores, sem se preocupar com a eficiência e com a meritocracia; adotavam o sistema de concursos públicos para acesso aos cargos da administração; eliminavam a autonomia de autarquias e fundações públicas; criavam um sistema de privilégios sem precedentes no tocante à aposentação dos servidores; dentre outras regras de cunho marcadamente burocrático.⁵⁶

De outra banda, aduz BRESSER PEREIRA que a Constituição acabou por permitir que uma série de privilégios fossem consolidados na praxe administrativa nacional;⁵⁷ os mais graves, de acordo com o autor, foram o estabelecimento de um sistema de aposentadoria com recebimento de proventos integrais e a transformação “automática” de mais de 400 mil funcionários celetistas em servidores públicos estatutários, estáveis e com aposentadoria integral.⁵⁸

Em verdade, é imperioso notar que o “retrocesso burocrático de 1988”, conforme acusa BRESSER PEREIRA, não pode ser apontado como resultado de

⁵⁵ *Ibidem*, p. 174-175.

⁵⁶ BRESSER PEREIRA. **Crise Econômica...** *op. cit.*, p. 274-275.

⁵⁷ BRESSER PEREIRA. **Reforma do Estado...** *op. cit.*, p. 176.

⁵⁸ Noutras palavras, a dita “estabilidade extraordinária”. Como ministro do governo de Fernando Henrique Cardoso, uma das principais propostas de Bresser Pereira para a remodelagem do Estado brasileiro era justamente a reforma previdenciária, mediante fixação de critérios mais rigorosos e mais restritos para a aposentação.

um suposto fracasso do moderno ideário intentado na Reforma Desenvolvimentista. Foi resultado, sim, de uma conjugação de fatores:

[...] foi o resultado, em primeiro lugar, de uma visão equivocada das forças democráticas que derrubaram o regime militar sobre a natureza da administração pública então vigente. Na medida em que, no Brasil, a transição democrática ocorreu em meio à crise do Estado, esta última foi equivocadamente identificada pelas forças democráticas como resultado, entre outros, do processo de descentralização que o regime militar procurara implantar. Em segundo lugar, foi a consequência da aliança política que essas forças foram levadas a celebrar com o velho patrimonialismo [...]. Em terceiro lugar, resultou do ressentimento da velha burocracia contra a forma pela qual a administração central fora tratada no regime militar: estava na hora de restabelecer a força do centro e a pureza do sistema burocrático. [...] Finalmente, um quarto fator relaciona-se com a campanha pela desestatização que acompanhou toda a transição democrática: este fato levou os constituintes a aumentar os controles burocráticos sobre as empresas estatais [...].⁵⁹

Arremata o mesmo autor, na sequência:

Em síntese, o retrocesso burocrático da Constituição de 1988 foi uma reação ao clientelismo que dominou o país naqueles anos, mas também foi uma afirmação de privilégios corporativistas e patrimonialistas incompatíveis com o *ethos* burocrático. Foi, além disso, uma consequência de uma atitude defensiva da alta burocracia, que, sentindo-se acuada, injustamente acusada, defendeu-se de forma irracional.⁶⁰

Uma administração com características tão arcaicas, útil a um Estado de contornos liberais, mas completamente ineficiente ante as crescentes exigências de um Estado que se pretende Social-Democrático como era o Brasil em 1988, não perduraria muito tempo sem ser duramente combatida.

Para agravar a situação, a crescente globalização e, conseqüentemente, a necessidade cada vez maior de interação entre as Nações, fez com que a abertura e a eficiência - tanto pública quanto privada - passassem a ser encaradas como objetivos primordiais de qualquer organização. Alheio a essas novas urgências, o modelo burocrático ultrapassado do Estado brasileiro na década de 90 imerge o país em profunda crise fiscal - iniciada já nos fins dos anos 70, mas agravada nos anos 80 - e o episódio da hiperinflação fez com toda a sociedade brasileira abrisse os olhos ante a premência de novas reformas administrativas.

⁵⁹ BRESSER PEREIRA. **Reforma do Estado...** *op. cit.*, p. 177.

⁶⁰ *Idem.*

Nos governos de Collor e Itamar Franco, algumas tentativas pontuais e equivocadas foram implantadas, o que certamente não modificou o quadro catastrófico por que passava a economia nacional. No governo de Fernando Henrique Cardoso, pode-se afirmar que surgiram propostas de reforma mais profundas e radicais, por conta da ação do seu Ministro da Administração e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, as quais intentaram implementar no país uma verdadeira Administração Pública de cunho Gerencial.⁶¹

2.1.4. A Reforma Gerencial

2.1.4.1. *Síntese Prospectiva*

A administração burocrática clássica, implantada no Brasil como fruto da Reforma do DASP de 1936, foi baseada na administração do exército prussiano e na dominação racional-legal weberiana. Foi adotada como substituta da administração patrimonialista, em que o patrimônio público se confundia com o patrimônio do rei e a corrupção e nepotismo eram generalizados. Isto porque a administração patrimonialista se revelou incompatível com o capitalismo, na medida em que era imperioso discernir o Estado da sociedade, o estatal do mercantil.

Em virtude disso, começam a ocorrer na Europa, ainda no século XIX, reformas administrativas de cunho burocrático, objetivando centralização nas decisões, hierarquização de cargos, rigidez na contratação de empregados, engessamento de rotinas, controle passo a passo de procedimentos administrativos, etc. A administração burocrática foi adotada porque, segundo Weber, era a única forma possível de coordenar as ações e prever os comportamentos dos membros da sociedade (núcleo central da teoria weberiana), além de ser capaz de eliminar o empreguismo e o nepotismo tão repugnados, expurgando a corrupção e substituindo o Estado então Absoluto por um Estado de Direito.

⁶¹ Importante anotar que não se pretende tomar posição, nesta pesquisa, em relação ao acerto ou desacerto das opções políticas do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso e de seu ministro Luiz Carlos Bresser Pereira. Apenas se apontarão quais as características da reforma intentada, e quais os argumentos de que se utilizaram para implantá-la. Neste sentido, concorda-se com o que escreveu Egon Bockmann Moreira: “não se pretende, aqui, defender a Reforma Administrativa Gerencial em todos os seus termos (nem a rejeitar), mas apenas tentar uma compreensão mais ampla – com as críticas que reputamos cabíveis. O que se visa é a um esclarecimento de idéias e mitos (se é que isso é possível)” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 168).

No entanto, o pressuposto de eficiência e racionalidade instrumental em que se baseava esta forma de administração não se revelou real. No momento em que o Estado Liberal deu lugar ao Estado Social, percebeu-se que o modelo burocrático de administração não garantia rapidez, nem preço baixo, nem qualidade nos serviços prestados. Durante muito tempo a ineficiência do sistema foi atribuída às suas disfunções, mas ao longo dos anos foi se tornando cada vez mais nítida a contribuição da lógica burocrática para essa consequência.

O problema da eficiência desse tipo de administração passou despercebido no Estado Liberal; no Estado Social, todavia, este problema tornou-se essencial: o paradigma burocrático, a partir deste momento, estava superado. Não obstante, é possível afirmar que houve uma tentativa de reafirmação do pensamento burocrático no Brasil após a II Guerra Mundial, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, buscava-se a eficiência e a flexibilização das formas de administração do Estado. É nesta esteira que, nos anos 60 e 70, viram-se diversas tentativas (em destaque, a louvável proposta de Hélio Beltrão) de reformas desenvolvimentistas da administração pública nos países em desenvolvimento. A etapa posterior, das reformas gerenciais, só ganhará impulso, no Brasil, na década de 90.

A reforma gerencial dos anos 90 é, portanto, a segunda grande reforma por que passou o estado brasileiro: a primeira, a reforma burocrática dos anos 30, lançou bases necessárias e fundamentais para o sepultamento da administração patrimonialista; já a reforma gerencial, deitando suas raízes no Decreto nº 200/1967, só foi possível justamente em virtude desta primeira reforma ocorrida no país, uma vez que seria muito difícil implementar o gerencialismo não fossem as premissas ideológicas lançadas pela burocracia.

2.1.4.2. Pressupostos da Reforma Gerencial

A reforma do Estado apresenta-se como a mais eficaz resposta ao processo de crise globalizada por que tem passado a economia mundial hodiernamente. É, também, o caminho mais eficaz na superação das agravadas crises que enfrentou o Estado brasileiro, sobretudo a grande crise fiscal do Estado dos anos 80,⁶²

⁶² De modo mais abrangente, pode-se afirmar que se tratou de uma crise de Estado em sentido amplo, que por sua vez engendrou não só a crise econômica de caracteres fiscais, mas também uma crise no modo de intervenção do Estado e uma crise da forma burocrática pela qual o Estado era administrado (BREISSER PEREIRA. **Crise Econômica...** *op. cit.*).

percebida pela sociedade somente a partir do final da década, e praticamente ignorada pelos constituintes de 88.

No início do governo Itamar, a sociedade se dá conta da crise, e surge o primeiro documento prognóstico, elaborado pelo Centro de Estudos de Cultura Contemporânea – CEDEC – para a Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, onde se fez constar um preciso diagnóstico: “A crise administrativa manifesta-se na baixa capacidade de formulação, informação, planejamento, implementação e controle das políticas públicas”.⁶³

No âmbito interno da ENAP, surgiu também um estudo, muito criticado por ser contraditório e lacunar, mas onde se fez constar a importante proposta:

Novos Paradigmas Gerenciais: a ruptura com estruturas centralizadas, hierárquicas formalizadas e piramidais e sistemas de controle ‘tayloristas’ são elementos de uma verdadeira revolução gerencial em curso, que impõe a incorporação de novos referenciais para as políticas relacionadas com a administração pública, virtualmente enterrando as burocracias tradicionais e abrindo caminho para uma nova e moderna burocracia de Estado.⁶⁴

Apesar destas constatações, a proposta mais ampla e consistente de reforma do Estado veio somente com a posse, em 1995, do presidente Fernando Henrique Cardoso.

Numa primeira aproximação, pode-se dizer que o gerencialismo, como método da reforma administrativa, tem por pressuposto a possibilidade de tornar o Estado mais eficiente, ampliando sua governabilidade. Sob este viés, o ideal gerencial afasta-se da utopia neoliberal, na medida em que reconhece que o mercado não garante, por si só, o desenvolvimento econômico, sendo essencial dotar o Estado de condições para que sua intervenção supere as falhas do mercado. Para isso, propõe Bresser, é necessário dar ao Estado mais governabilidade e governança, tornando-o mais eficiente na prestação de serviços sociais e na coordenação da economia.⁶⁵

Por esse motivo, sustenta o Ministro da Administração e Reforma do Estado do governo FHC que a reforma gerencial por ele pretendida não é neoliberal, eis que não visa a um Estado mínimo mas sim à reestruturação e redimensionamento do

⁶³ CEDEC. **A crise administrativa manifesta-se na baixa capacidade de formulação, informação, planejamento, implementação e controle das políticas públicas.** In: ANDRADE, Regis de Castro; JACCOUD, Luciana (orgs.). **Estrutura e organização do poder Executivo.** Brasília: ENAP/SAF, 1993. 2 Volumes.

⁶⁴ Associação Nacional de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental. **Reforma do Estado e Administração Pública: Diagnósticos e Propostas para o Novo Governo.** Brasília: Mimeo, 1994.

⁶⁵ BRESSER PEREIRA. **Reforma do Estado...** *op. cit.*

Estado, devolvendo-lhe a capacidade de governar. Assim é que, em várias passagens de seus ensaios, afirma Bresser Pereira que a crise do Estado impôs a necessidade de reconstruí-lo, e a globalização, o imperativo de redefinir suas funções.⁶⁶

O mais interessante da obra de Bresser Pereira, arauto do ideário gerencialista da década de 90, é a análise holista, ainda que obviamente parcial, realizada pelo autor. Para defender a urgência de uma reforma profunda na Administração Pública brasileira, com a inserção de uma lógica completamente diversa da pretendida pela Constituição da República de 1988, Bresser aponta motivos de ordem administrativa, política, social e, principalmente, econômica. Assim é que, para se compreender todas as nuances por que passou a tentativa de implementação da administração gerencial no país nos anos 90, é mister proceder a uma análise mais aprofundada dos motivos que, nos dizeres de Bresser Pereira, tornaram urgente a reforma.

Nos anos 80, o Brasil passou por uma crise crítica. Essa crise, para Bresser, teve como causas fundamentais a crise fiscal, a crise no modo de intervenção estatal e, finalmente, a crise da forma burocrática de administração à la Weber. A poupança pública fica negativa, a capacidade interventiva do Estado diminui, o Estado se imobiliza. As origens disso, aponta o autor, remontam aos anos 50, época em que a Burocracia pública se fez fortemente presente no país por conta da reforma de 36 do governo Vargas, ensejando inúmeras distorções: a administração burocrática começou a se mostrar ineficiente e incapaz de atender com qualidade as demandas dos cidadãos frente ao Estado Social que se agigantava, tornando necessária sua substituição por uma administração gerencial.

O Estado foi, aos poucos, por conta da disparidade entre seus deveres econômicos e sociais e sua crescente incapacidade de intervenção, entrando em profunda crise fiscal, materializada em pesada crise de governança. Com isso, esgotaram-se suas formas de intervenção e tornou-se obsoleta a forma burocrática de administrá-lo. Nada mais natural que, nesta época de crise nas cristas do Estado Social, surgissem tentativas neoliberais de controle, visando reduzir o Estado

⁶⁶ “Reformar o aparelho do Estado significa garantir a esse aparelho maior governança, ou seja, maior capacidade de governar, maior condição de implementar leis e políticas públicas. Significa tornar muito mais eficientes as atividades exclusivas de Estado [...] e tornar também muito mais eficientes os serviços sociais competitivos” (BRASIL. **Plano Diretor...** *op. cit.* p. 44-45).

promotor de políticas públicas novamente a um Estado menor, “guarda noturno”. Essa primeira explicação, no entanto, não vingou.

Num segundo momento, no início dos anos 90, apercebendo-se da utopia do ideário neoliberal, a centro-direita decidiu unir-se com a centro-esquerda social democrática, formando o que Luis Carlos Bresser Pereira denomina “aliança social-liberal”: esta solução social-liberal, defendida por Bresser, propõe também uma redução do papel do Estado, mas, ao contrário dos neoliberais, pretende esta redução de forma muito mais comprometida com a ampliação de sua governança: a ideia é um Estado menor, mas melhor, mais eficiente e competente. Era necessária uma verdadeira reforma do Estado, a fim de garantir o desenvolvimento da economia que desde a década de 70 caminhava aos soluços no país.

Reconstruir o Estado, nesta óptica, significava recuperar a poupança pública, superar a crise fiscal, redefinir as formas de intervenção do Estado no domínio econômico e social, reformar a administração pública burocrática; tudo isso com vistas ao desenvolvimento econômico-social. Com a segunda aliança, a tese da necessidade de reconstrução do Estado foi oficialmente adotada, a reforma do Estado tornou-se o lema da década de 90, não somente no Brasil mas em vários países centrais. Tanto é assim que Bresser prevê o Estado do século XXI como um Estado Social-Liberal: liberal porque tentará reduzir cada vez mais o papel de intervenção direta que desempenha nos planos econômico e social; social porque buscará, incessantemente, maior eficiência na prestação de serviços públicos e na coordenação indireta da economia, com vistas à ampliação de sua governança e, com isso, possibilitando a implementação de mais políticas públicas.⁶⁷

Retomando o já dito, reprise-se que a causa principal da crise econômica brasileira foi a crise do Estado, desencadeada no final da década de 70 com a crise do petróleo e manifesta na incapacidade do Estado de coordenar o sistema econômico complementarmente ao mercado. A crise acabou definindo-se como (i) uma crise fiscal, (ii) uma crise do modo de intervenção do Estado, e (iii) uma crise da forma burocrática pela qual o Estado era administrado. A crise fiscal caracterizou-se pelo déficit na poupança pública; a crise intervencionista, pelo esgotamento do modelo protecionista ocorrido em virtude da globalização; a crise burocrática, pelo que Bresser aponta como um retrocesso da Constituição da República de 1988.⁶⁸ O

⁶⁷ BRESSER PEREIRA. **Reforma do Estado...** *op. cit.*

⁶⁸ *Ibidem*, p. 40-46.

autor acrescenta ainda um quarto aspecto da crise: o político. Nessa senda, afirma terem existido três momentos: a crise de legitimidade militar, a crise de adaptação populista-democrática, e a crise moral do governo Collor.⁶⁹

No campo da administração propriamente dita, a crise burocrática teve início ainda no regime militar, onde se preferiu o caminho mais curto da contratação de pessoal por intermédio das empresas estatais ao invés da realização de concursos públicos. A crise agravou-se com a Constituição de 1988, a qual introduziu um enrijecimento burocrático sem precedentes no país (nem mesmo parecido ao que foi firmado pela reforma do DASP, em 1936).

A reforma do Estado, em sentido amplo, teve início no país, timidamente, nos anos 80, e tornou-se imperiosa nos anos 90, após o estouro do episódio hiperinflacionário. A reforma administrativa, entretanto, somente se tornou foco no país em 1995, após a eleição de FHC e a direção do recém criado MARE pelo Ministro Bresser, introdutor do ideário gerencial no Brasil à época. Diante da crise econômica e da globalização, o autor percebeu que era necessário promover uma reestruturação do Estado e de seu modo de administração, de modo a alterar a dinâmica das intervenções estatais na coordenação da economia e na prestação de serviços públicos.

Para aumentar a governança do Estado, superando a crise institucionalizada, tornou-se essencial promover a chamada Reforma Gerencial, por meio da qual se busca a eficiência, a efetividade e a retomada da confiança dos cidadãos no Estado. Aos poucos, os contornos desse novo modelo de gestão pública passaram a se delinear no cenário administrativo brasileiro.⁷⁰

2.1.4.3. Implementação da Reforma

Os países em que a reforma gerencial foi mais profunda foram a Grã-Bretanha, a Nova Zelândia e a Austrália, onde essa onda se iniciou ainda na década de 80. Aponta Bresser Pereira que a Grã-Bretanha, em particular, é o país onde a reforma gerencial foi pioneira e mais bem-sucedida: o gérmen do ideário reformista

⁶⁹ *Ibidem*, p. 41.

⁷⁰ Pode-se afirmar que as principais inovações propostas eram: descentralização político-administrativa; coordenação administrativa ao invés de escalonamento hierárquico; flexibilidade; confiança limitada, ao invés da total desconfiança do modelo burocrático; definição de objetivos e indicadores de desempenho, consubstanciados na figura do contrato de gestão; controle de resultados; administração voltada para o cidadão. Neste sentido, cf. BRESSER PEREIRA. **Crise Econômica...** *op. cit.*

foi incutido ainda na década de 70, com controles gerenciais na área do serviço público.⁷¹ Importaram-se métodos da administração de empresas para a administração pública, de modo a tornar mais eficiente a prestação de serviços. Esse processo ganha forte impulso no governo Thatcher, quando a eficiência passou a ser o norte da reforma inglesa. O objetivo principal de Thatcher era reduzir o tamanho do Estado, reduzindo também os custos e recuperando o prestígio do serviço inglês. Inseriram-se novos métodos de gerência e de controle, rumando-se cada dia mais para uma administração gerencial. A reforma do serviço público começou a basear-se em delegações e contratos de gestão, criaram-se agências executivas autônomas, instituíram-se novas formas de controle de resultados, desenvolveram-se as *quangos* (*quasi autonomous non-governmental organizations*) – entidades híbridas entre o setor estatal e o privado (na reforma Brasileira, Bresser as denominará Organizações Sociais). A eficiência passou a ser o objetivo da Administração.

De outro giro, nos países em desenvolvimento, em virtude da agravada crise fiscal dos anos 80, a primeira geração de reformas buscou primordialmente o ajuste estrutural: não houve uma reforma administrativa, mas sim uma redução de pessoal, um corte de gastos. Alguns países, no entanto, nos anos 90, iniciaram uma segunda geração de reformas, dando seus primeiros passos rumo à Administração Gerencial. Este é justamente o caso brasileiro.

Como já restou firmado, a melhor análise econômica da crise que assolava a economia brasileira desde a década de 80 afirmava ser esta uma crise fiscal, uma crise de Estado, cíclica, e sua solução não poderia ser uma mera substituição do Estado pelo Mercado, mas ao contrário, deveria haver uma profunda reforma e reconstrução do aparelho estatal.⁷² O ideário gerencialista surgiu, no Brasil, a partir da eleição de Fernando Henrique Cardoso, em 1995, e da escolha de Luiz Carlos Bresser Pereira como Ministro do MARE – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

Ainda no primeiro semestre de 95, sob a inspiração de ensaios ingleses acerca do “New Public Management”, Bresser formula o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, documento que serviu de base essencial às mudanças que iriam ocorrer. À mesma época, foi apresentada pelo governo federal a Emenda

⁷¹ BRESSER PEREIRA. **Crise Econômica...** *op. cit.*, p. 52-55.

⁷² BRESSER PEREIRA. **Do Estado ...** *op. cit.*

Constitucional da Reforma Administrativa, levada à cabo somente em 1998 – EC nº 19/98 – e por muitos confundida com a própria reforma. Afirmo o autor do Plano: “Minha estratégia principal era a de atacar a administração pública burocrática, ao mesmo tempo em que defendia as carreiras de Estado e o fortalecimento da capacidade gerencial do Estado”.⁷³

Não bastasse sua urgência, a tentativa de reforma administrativa não foi inicialmente apoiada de maneira geral e irrestrita, tanto por parte da sociedade quanto da oposição política do governo FHC. No início de 1998, Bresser, percebendo que as propostas da reforma não estavam sendo implementadas como deveriam, propôs a fusão do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), do qual era Ministro, com o Ministério do Planejamento, proposta esta que foi aceita pelo então reeleito presidente, Fernando Henrique Cardoso, no início de 1999. O ministério que daí se originou foi denominado Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao qual foi atribuído o encargo de dar cabo à implementação da reforma.

Pode-se dizer, seguindo os passos do autor da reforma, que a Reforma Gerencial de 1995 teve três dimensões: uma institucional, uma cultural e uma de gestão. Em primeiro lugar, era necessário reformar as estruturas estatais, para que se tornassem consentâneas à nova *ratio* da administração pública. Em segundo, era imperioso contornar as críticas dirigidas às propostas de reforma, convencendo os cidadãos e a oposição política da urgente necessidade de superar a profunda crise de Estado por que passava o Brasil, simbolizada pela crise fiscal cíclica que acompanhava a economia nacional desde a década de 80. Por fim, igualmente importante a dimensão da gestão, haja vista que de nada adiantaria reformar as estruturas estatais se os gestores públicos continuassem reproduzindo as mesmas práticas burocráticas a que estavam acostumados.

Buscava-se, como resultado a médio prazo da reforma, o aumento da eficiência da administração pública, tentando-se, a um só tempo, fortalecer a administração direta (denominada então “núcleo estratégico”), e descentralizar a administração em geral com a implementação de agências autônomas e organizações sociais:

⁷³ BRESSER PEREIRA. *Do Estado ... op. cit.*, p. 244.

Nestes termos, a reforma proposta não pode ser classificada como centralizadora, como foi a de 1936, ou descentralizadora, como pretendeu ser a de 1967. Nem, novamente, centralizadora, como foi a contra-reforma embutida na Constituição de 1988. Em outras palavras, a proposta não é a de continuar no processo cíclico que caracterizou a administração pública brasileira, alternando períodos de centralização e de descentralização, mas a de, ao mesmo tempo, fortalecer [...] a competência administrativa do centro e a autonomia [sic] das agências e das organizações sociais. O elo de ligação entre os dois sistemas será o contrato de gestão, que o núcleo estratégico deverá aprender a definir e controlar, e as agências e organizações sociais, a executar.⁷⁴

A partir dos marcos distintivos entre a já insuficiente Administração Burocrática e os princípios da nova Administração Gerencial, foi possível traçar um modelo para o novo tipo de gestão emergente. Isto se deu mediante a separação do Estado em quatro setores: o denominado “setor estratégico”, correspondente ao governo, definidor de políticas públicas, e à cúpula dos Poderes; o setor das atividades exclusivas do Estado, englobando a administração indireta e as agências; o setor dos serviços públicos não exclusivos, em que o Estado atua simultaneamente com outras organizações não estatais que exigem financiamento do Estado; e, finalmente, o setor da produção para o mercado. A partir da separação do Estado nestes quatro setores, Bresser propõe, no documento denominado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que, para cada um deles, analisados isoladamente, estabeleça-se (i) um tipo de administração, (ii) um tipo de propriedade, e (iii) um tipo de instituição organizacional.

Assim é que, abordando os quatro setores estatais, concluiu-se que: (i) no setor estratégico a propriedade deve ser, necessariamente, estatal; (ii) no setor das atividades exclusivas do Estado, a propriedade deve ser, também obrigatoriamente, estatal; (iii) no setor da produção de bens e serviços para o Mercado, a propriedade deve ser em regra privada, a exceção fica por conta dos casos de monopólio natural; (iv) no setor dos serviços sociais e científicos (serviços públicos não exclusivos), Bresser inova, propondo um modelo de propriedade “pública não-estatal”.⁷⁵ Especialíssimo destaque merece essa nova categoria de propriedade proposta pelo autor, eis que, sendo um dos núcleos da Reforma Gerencial da década de 90, constitui o cerne da presente pesquisa.

⁷⁴ BRESSER PEREIRA. **Da Administração Pública ...** *op. cit.*, p. 18.

⁷⁵ “[...] o público não se confunde com o estatal. O espaço público é mais amplo do que o estatal, já que pode ser estatal ou não-estatal. [...] É pública a propriedade que é de todos e para todos. É estatal a instituição que detém o poder de legislar e tributar, é estatal a propriedade que faz parte integrante do aparelho do Estado, sendo regida pelo Direito Administrativo” (*Ibidem*, p. 21).

Na visão de Bresser, as atividades sociais, por dizerem respeito a direitos humanos fundamentais, não podem se submeter à lógica mercadológica do lucro, e, portanto, não podem ser privadas. De outra banda, não implicam necessariamente o exercício de um poder direto do Estado, motivo pelo qual não devem se submeter à lógica burocrática que rumo ao avesso da eficiência. Logo, se não devem ser privados, nem estatais, a alternativa apontada por Bresser Pereira foi a de utilizar (ou melhor, de inventar) o regime da propriedade pública não-estatal, utilizando organizações de direito privado para a prestação de serviços sociais não-exclusivos, desde que persigam finalidades públicas, sem motivação de cunho lucrativo. Propriedade pública, neste conceito, quer dizer propriedade que visa ao interesse público; não-estatal porque, como organizações privadas, sua propriedade não pertence ao domínio direto do Estado. Não deve ser estatal porque não envolve o uso do poder central; deve ser pública para justificar o recebimento de subsídios e subvenções (atividade de fomento).

A introdução da expressão “público” neste sentido mais amplo, proposta por Bresser, procura superar a visão dicotômica entre direito público e direito privado, buscando uma redefinição das relações entre sociedade e Estado. Para o autor, a criação deste espaço público não-estatal poderia facilitar o aparecimento de formas de controle social direto e de parceria, de modo a configurar novas perspectivas para a democracia.⁷⁶ Atesta Bresser que esta forma de propriedade pública não-estatal “garante serviços sociais e científicos mais eficientes do que os realizados diretamente pelo Estado, e mais confiáveis do que os prestados por empresas privadas que visam o lucro ao invés do interesse público”.⁷⁷

Daí, como o próprio autor confirma, deriva o princípio da subsidiariedade: só deve ser estatal a atividade que não puder ser controlada pelos particulares.⁷⁸ Tal princípio, aliás, é evidenciado pelo próprio Bresser em seu Plano Diretor para a reforma do Estado: “Objetivos Globais: [...] Limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o

⁷⁶ Nesse sentido: “O controle do Estado [...] será necessariamente antecedido e complementado pelo controle social direto, derivado do poder dos conselhos de administração constituídos pela sociedade. E o controle do mercado será materializado na cobrança de serviços. Desta forma, a sociedade estará permanentemente atestando a validade dos serviços prestados, ao mesmo tempo em que se estabelecerá um sistema de parceria ou de co-gestão entre o Estado e a sociedade civil” (BRESSER PEREIRA. **Crise Econômica...** *op. cit.*, p. 286).

⁷⁷ *Ibidem*, p. 246.

⁷⁸ O assunto será tratado com mais demora no item 3.1. da presente pesquisa.

mercado”.⁷⁹ Prevenindo-se de ataques, Bresser assevera que sua proposta de aumento da esfera pública não-estatal em detrimento da administração central burocrática não significa uma privatização das atividades do Estado, visando, ao contrário, ampliar o caráter democrático da esfera pública.⁸⁰

Nesta nova lógica gerencial, três modelos institucionais surgiram com o intuito de implementar as novas práticas de gestão administrativa: no campo das atividades exclusivas do Estado, as Agências Executivas e as já afamadas Agências Reguladoras, que não serão objeto de análise mais profunda por tangenciarem, apenas, o objeto da presente pesquisa, não constituindo seu núcleo essencial. Ao terceiro tipo organizacional surgido no bojo do ideário reformista, atinente ao campo dos serviços sociais e científicos (atividades não exclusivas), convencionou-se denominar – e este sim constitui um dos cerne desta dissertação – “Organizações Sociais”.⁸¹ O instrumento utilizado pelo núcleo estratégico do Estado para controlar as atividades desempenhadas pelas Agências (atividades exclusivas) e pelas Organizações Sociais (atividades não-exclusivas) foi o denominado Contrato de Gestão, instrumento de parceria que firma responsabilidades mútuas, visando o atingimento de resultados previamente fixados.⁸²

Resumindo o processo de transformação que decorreria deste repasse de responsabilidades do Estado para as organizações sociais, no tocante às atividades sociais, remata BRESSER PEREIRA:

A transformação dos serviços não-exclusivos de Estado em propriedade pública não-estatal e sua declaração como organização social se fará através de um ‘programa de publicização’, que não deve ser confundido com o programa de privatização, na medida em que as novas entidades conservarão seu caráter público e seu financiamento pelo Estado.⁸³

E prossegue o autor:

⁷⁹ BRASIL. **Plano Diretor...** *op. cit.*, p. 45. Adiante no mesmo documento assevera: “O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, nos quais não existe o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal” (*Ibidem*, p.60).

⁸⁰ Tarso Cabral Violin, em obra citada, critica veementemente esta posição de Bresser, afirmando que o que o ministro denominava “Publicização” (passagem da propriedade estatal para a “pública não-estatal”) é, na verdade, uma Privatização mascarada. Vide adiante, item 3.3.

⁸¹ A rigor técnico, consoante se aduzirá adiante, as ditas Organizações Sociais não são um novo tipo de entidade “pública não-estatal”, mas sim apenas uma qualificação das organizações do Terceiro Setor reconhecidas pelo Estado como suas parceiras.

⁸² O assunto será melhor abordado adiante, item 3.2.3. Acerca desta temática, cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Contrato de Gestão**. *op. cit.*

⁸³ BRESSER PEREIRA. **Da Administração Pública...** *op. cit.*, p. 23.

O processo de publicização deverá assegurar o caráter público, mas de direito privado da nova entidade, assegurando-lhes, assim, uma autonomia administrativa e financeira maior. Para isto será necessário extinguir as atuais entidades e substituí-las por fundações públicas de direito privado, criadas por pessoas físicas. Desta forma se evitará que as organizações sociais sejam consideradas entidades estatais, como aconteceu com as fundações de direito privado instituídas pelo Estado, e assim submetidas a todas as restrições da administração estatal. As novas entidades receberão por cessão precária os bens da entidade extinta. Os atuais servidores da entidade transformar-se-ão em uma categoria em extinção e ficarão à disposição da nova entidade. O orçamento da organização social será global; a contratação de novos empregados será pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho; as compras deverão estar subordinadas os princípios da licitação pública, mas poderão ter regime próprio. O controle dos recursos estatais postos à disposição da organização social será feito através do contrato de gestão, além de estar submetido à supervisão do órgão de controle interno e do Tribunal de Contas.⁸⁴

A partir desta proposta de reforma contundente do aparelho do Estado, Bresser deixa clara sua visão acerca do Estado contemporâneo: para o autor, o Estado que prevalecerá no séc. XXI não deve ser nem o Estado Liberal do séc. XIX, nem o Estado Providência do séc. XX, mas sim um Estado Regulador, transferidor de recursos e fomentador.⁸⁵

Entretanto, ao arrepio da tendência que se propunha, o ministério surgido no início de 1999 não deu muita importância à missão que lhe havia sido atribuída, de modo que a transformação de órgãos estatais em Agências e Organizações Sociais não ganhou força.⁸⁶ Concluindo um de seus ensaios, já profetizava Bresser Pereira:

A implementação da Reforma Gerencial de 1995 durará muitos anos no Brasil. Passará por avanços e retrocessos. Enfrentará a natural resistência à mudança e o corporativismo dos velhos burocratas, os interesses eleitorais dos políticos, o interesse dos capitalistas em obter benefícios do Estado. [...] Por isso, as denúncias de privatização ou captura do Estado por capitalistas e burocratas, de corrupção, e de nepotismo não devem ser vistas com pessimismo, mas como um sinal de que o patrimonialismo está sendo combatido, e de que um Estado democrático e gerencial está em formação no Brasil.⁸⁷

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ BRESSER PEREIRA. **Crise Econômica...** *op. cit.*, p.285.

⁸⁶ Um importante aspecto foi abordado pelo autor como uma das causas do insucesso da implementação das Organizações Sociais: "No nível federal, em relação às organizações sociais, tornou-se claro, desde meados de 1995, que não seria possível implantá-las nas universidades federais, dada a resistência dos professores e funcionários, que identificaram a publicização proposta com um processo de privatização". Prosseguindo, diagnostica Bresser: "Na verdade, a resistência à mudança nessa área está ligada à concepção burocrática do Estado brasileiro, ainda prevalente em nossas elites [...] Enquanto esse tipo de cultura burocrática não for mudada, enquanto não houver o amplo entendimento de que quem presta serviço ao Estado deve fazê-lo de forma eficiente e competitiva, será difícil transformar o Estado brasileiro em uma instituição realmente democrática, a serviço dos cidadãos, e não em uma organização a serviço dos funcionários e capitalistas que têm poder suficiente para privatizá-lo" (*Ibidem*, p. 294).

⁸⁷ BRESSER PEREIRA. **Do Estado...** *op. cit.*, p. 248-249.

2.1.5. Conclusões: estágio atual e caráter cíclico das reformas

As críticas e reações à tentativa de implementação do gerencialismo no país foram imediatas e ferrenhas. Ao contrário do afirmado pelo então ministro do MARE, as propostas não foram tão rapidamente aceitas pela sociedade e pelos administradores – se é que o foram por parte destes –, e aqueles que as aceitaram, relutantes, não o fizeram sem uma inicial desconfiança. Esta afirmação é verdadeira principalmente no que tange à esfera dos altos administradores, a elite dos burocratas do elevado escalão, que assimilavam as propostas do gerencialismo com aquelas do neoliberalismo inglês à la Thatcher.

Em dissertação bastante elucidativa sobre o tema, conclui Tarso Cabral VIOLIN:

Não concordamos com os posicionamentos gerencialistas de que a Constituição brasileira de 1988 não é moderna e enrijeceu ainda mais a Administração Pública [...] Os vícios da Administração Pública brasileira não são advindos do modelo burocrático, como defendem os gerencialistas, pois a não efetivação dos ideais de Max Weber é que mantém o clientelismo, fisiologismo e nepotismo. [...] A fuga aos ideais burocráticos e a aplicação do gerencialismo fizeram com que a Administração Pública brasileira perdesse seus melhores quadros, desestruturando-a, diminuiu os recursos financeiros na prestação direta dos serviços sociais, trazendo equivocadamente para a esfera pública ideais de competição, individualismo e o fim das utopias, com um retorno claro ao patrimonialismo.⁸⁸

Nesse senso, remata Carlos MONTAÑO:

[...] o problema no Brasil não é a existência de um Estado social 'protecionista', mas de sua inexistência, ou, pelo menos, seu precário desenvolvimento, não é a forte presença do Estado, mas sua privatização interna o que constitui o problema central. Não casual, porém de forma paradoxal, justamente no momento em que se tece, a partir da Constituição de 1988, um projeto que esboça certo Estado Providência, de Bem-Estar Social, os setores ligados ao grande capital [...] tentam liquidá-lo, mediante uma 'reforma gerencial' – uma contra-reforma.⁸⁹

Como já havia ocorrido com as reformas de 1936 – burocrática – e de 67 – desenvolvimentista –, a reforma gerencial de 1995 não foi levada a cabo em integralidade. Com o início do governo de Luis Inácio Lula da Silva, em 2003, muitas das diretrizes do gerencialismo foram atenuadas pelo novo governante,

⁸⁸ VIOLIN. **Terceiro Setor...** *op. cit.*, p. 91.

⁸⁹ MONTAÑO, Carlos. **Terceiro Setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social.** São Paulo: Cortez, 2002. p. 41-42.

principalmente aquelas que pareciam denotar características neoliberais. Na realidade, como era justamente esse o cerne da reforma gerencial de 1995, esta acabou desfigurada no governo Lula, estatista, que tentou manter no âmbito estatal as incumbências que, segundo entendia, de fato lhe cabiam.

Assim é que, contrapondo-se à onda de privatizações do governo FHC, no governo Lula assistiu-se – e ainda se está assistindo – o estabelecimento de uma série de medidas que visaram o fortalecimento de empresas públicas e sociedades de economia mista.⁹⁰ Este posicionamento parece ter estado claro já no início do governo Lula, em 2003, quando da elaboração do Plano de Gestão Pública, onde se fez constar, como um dos principais objetivos da nova Presidência, a redução do déficit institucional consubstanciado na crescente ausência do Estado e sua consequente incapacidade de assegurar direitos aos cidadãos. A estratégia que passou a ser adotada, ao contrário daquela pensada em 1995, negou de forma contumaz que a crise do Estado seria o mote para a reforma, afirmando, ao revés, a necessidade de superação do déficit institucional existente, propondo, como novo fundamento para as reformas de gestão, a visão do Estado como solução (renegando, assim, o princípio da subsidiariedade eleito como um dos vetores do gerencialismo).

Não é verdade, entretanto, que todos os ideais da Reforma Gerencial foram suprimidos. Muitas das forças motrizes que instigaram a reforma do aparelho do Estado continuaram presentes; em destaque, pode ser apontado o princípio da eficiência. Ocorre que, com a posse do novo presidente, em 2003, foi afastado dos quadros reformistas tudo aquilo que havia sofrido críticas por conta de seu viés neoliberal (privatizações, “publicizações”, etc.). A reforma de 1995 partiu da necessidade de reconstrução do Estado, para depois pensar na necessidade de legitimação de suas propostas: esse foi o principal motivo que levou ao seu desgaste e posterior superação pelo governo seguinte.

Em interessantíssima análise acerca do assunto, Belmiro Valverde Jobim CASTOR e Herbert Antonio AGE JOSÉ, partindo da abordagem de Donald SCHON em “Beyond the Stable State”,⁹¹ abordam o eterno caráter cíclico das reformas administrativas brasileiras, constatando que, em última análise, até hoje nenhuma

⁹⁰ Não é à toa que, recentemente, anunciou-se a incorporação de gigantes do ramo da geração de energia elétrica, como a Eletrosul, por aquela que certamente será a maior empresa brasileira do ramo, a Eletrobrás, que antes estava passando por um processo de crise interna e agora retorna ao cenário econômico a todo vapor.

⁹¹ Referência completa: SCHON, Donald. **Beyond the Stable State**. Nova Iorque, 1971.

das reformas propostas alcançou, de maneira definitiva, os objetivos que propunham quando de sua instauração. Na introdução de seu ensaio, firmam os autores reflexiva proposição:

A história da administração brasileira é uma repetição monótona da luta entre duas forças: de um lado, uma burocracia formalista, ritualista, centralizadora, ineficaz e infensa às tentativas periódicas de modernização do aparelho do Estado, aliada de interesses econômicos mais retrógrados e conservadores, embora politicamente influentes; e as correntes modernizantes da burocracia e seus próprios aliados políticos e empresariais de outro. As primeiras querendo perpetuar seu controle social e seus privilégios através da centralização burocrática, de natureza conservadora e imobilista. As forças modernizantes, por seu turno, [...] hoje apontam para a globalização e o liberalismo.⁹²

Logo adiante, prosseguem:

O embate entre os dois sistemas de forças é de natureza cíclica, porque, a cada determinado período, a ineficiência da burocracia tradicional e centralizadora leva os serviços públicos ao colapso e o Estado à catatonia. Quando isso acontece, os governantes reacordam para a necessidade de modernizar o aparelho estatal, redescobrem que é virtualmente impossível reformar o aparelho estatal *in totum* e apelam para a descentralização, a autonomia, a liberdade de operação por parte das organizações públicas e inicia-se um novo ciclo marcado pelo *ethos* modernizante. Infelizmente, a elevada autonomia operacional concedida às organizações públicas logo resvala para a criação de privilégios corporativistas, práticas de favorecimento e de clientelismo, quando não de pura e simples corrupção. Então, o poder e o prestígio da burocracia tradicional e centralizadora (e seus aliados políticos e empresariais) renasce, como o fênix, na fogueira alimentada pelo *ethos* moralizante. E em nome da restauração da moralidade administrativa e da probidade, eliminam-se a flexibilidade e a autonomia.⁹³

Procurando apontar as causas para tal dinâmica “cruel” de reformas e contra-reformas, atestam os autores, embasados nos ensinamentos de Schon, que os reformadores brasileiros, em sua totalidade, sempre se preocuparam somente em modernizar as estruturas da administração, sem se preocupar, complementarmente, com a necessidade de construir teorias e desenvolver tecnologias para a implementação do ideário reformista. Por conta disso, concluem que “Alguns esforços modernizantes da administração nada mais são do que um processo de

⁹² AGE JOSÉ, Herbert Antonio; CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. **Reforma e Contra-reforma: a perversa dinâmica da Administração Pública Brasileira**. In: Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 32, nº 6, nov./dez. 1998. p. 97.

⁹³ *Ibidem*, p.98.

alteração cosmética de estruturas organizacionais já envelhecidas [...]. É mais um processo de sucessão hereditária do que de deserdamento”.⁹⁴

Numa análise histórica nada remota, parece assistir plena razão aos autores. Nos termos do já referido, com a posse do novo presidente Lula, em 2003, foram afastadas várias das principais propostas gerencialistas, retomando-se, em alguns pontos, o viés burocrático da Constituição de 1988, principalmente no que tange à devolução, ao Estado, de muito do que os gerencialistas tentaram dele retirar em termos de prestação de serviços sociais.

À guisa de conclusão, mister reprimir que, com a breve exposição até aqui efetuada, em momento algum intentou-se tomar posição acerca do acerto ou desacerto da opinião defendida por Fernando Henrique Cardoso e seu então Ministro, Luiz Carlos Bresser Pereira, quando da propositura da Reforma Gerencial. Todos os apontamentos acerca da reforma de 1995 foram realizados estritamente nos termos do conceituado e defendido pelo autor do Plano, Bresser, de modo que, certamente, trazem uma visão absolutamente parcial acerca do assunto.

Certo é que não faltaram críticas às proposições dos gerencialistas, as quais serão reproduzidas ao final do presente trabalho, mas fato é que, para bem compreender a lógica do surgimento das parcerias da Administração Pública com o dito “Terceiro Setor”, é fundamental internalizar as inspirações e os pensamentos daqueles que, quando da constatação da necessidade de se reformar o aparelho do Estado, destacaram como um dos objetivos principais o repasse da execução de determinados serviços às entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais.

2.2. Administração Pública Consensual

O direito administrativo tradicional, nos contornos que possuía quando de seu surgimento, rejeitava de modo categórico o exercício de qualquer atividade de natureza consensual pela Administração Pública em parceria com os particulares. Era a fase da denominada Administração unilateral, da Administração por atos. Todavia, já no modelo de Estado liberal reconheceu-se a necessidade de serem

⁹⁴ *Ibidem*, p. 108.

desenvolvidas parcerias entre a Administração Pública e os particulares, e justamente aí surgiu o motor de propulsão para o desenvolvimento da consagrada categoria do contrato administrativo, notadamente na figura dos contratos de concessão.

A crise do modelo de concessão, aliada ao surgimento do Estado Social, engendrou o obscurecimento da discussão acerca da cooperação dos particulares com o poder público, discussão esta que somente foi retomada na década de 70 do século XX, com a derrocada do Estado interventor e a emergência de um novo paradigma.

O recuo deste Estado promotor, no pós-guerra, implicou o descobrimento de novas formas de relações entre a Administração e os particulares. O modelo autoritário tradicional, centrado no ato administrativo, foi sendo paulatinamente substituído por um modelo mais flexível, pautado na figura dos contratos e acordos. Como alternativa para a superação da imperatividade unilateral da Administração Pública, foi incorporada à esfera administrativa a noção de Consensualidade, intimamente relacionada com a emergência do estandarte da participação popular.⁹⁵ A um Estado garantidor deveria corresponder, nesta visão, uma Administração Pública garantidora, onde a função estatal de mediação, ao arrepio da intervenção, corresponde à adoção, pela Administração, de políticas de parceria com a sociedade na consecução de seus objetivos.⁹⁶

Neste particular, merecem menção as ponderações de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO:

[...] com o fim da velha confusão entre interesse público e interesse estatal e o concomitante reconhecimento da existência e da importância crescente do público não-estatal, conceitos que foram descortinados à luz do princípio da subsidiariedade, [...] o Estado deixa de ser agente executor e passa a atuar como regulador das atividades consideradas sensíveis (de interesse geral). [...] menos importante que a propriedade, seja ela pública ou privada, é a sua afetação a uma finalidade pública. Daí, pois, a plena legitimidade do setor privado em participar das ações estatais [...] impondo-se, logicamente, por isso, a busca da participação por meio da prática do consensualismo e da negociação, como método de tornar eficiente o atendimento do interesse

⁹⁵ Aduz Patrícia Baptista: “são os canais de participação [...] que tornam possível a superação negociada dos conflitos de interesse” (BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 266).

⁹⁶ A conclusão é de Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Cristiane SCHWANKA (**A Administração Consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**. In: Revista de Direito do Estado, ano 3, nº 10, p. 272).

público, tornando-se, assim, tema moderno e corrente a ideia de administração por pactos.⁹⁷

No que diz respeito à Administração consensual, conceitua Patrícia BAPTISTA:

Por Administração consensual, assim, entende-se aquela que vai pautar a sua atuação na busca do consenso e da harmonia com a sociedade, como alternativa às imposições unilaterais que marcavam o direito administrativo clássico. A ideia de consensualidade engloba, ainda, a de conjugação de esforços, de elaboração em comum, na realização de tarefas públicas, sentido que mais se aproxima do de concerto.⁹⁸

De modo semelhante, asseveram Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ⁹⁹ que a Administração concertada é aquela onde há renúncia “ao emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade”, aceitando a Administração, portanto, “realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando assim uma colaboração ativa dos administrados”. No mesmo sentido, pondera Almiro do COUTO E SILVA:

Fenômeno relativamente recente nas relações entre o Estado e os indivíduos na realização fins de interesse público tem sido a busca de decisões administrativas por meios consensuais. Administração concertada, administração consensual, *soft administration* são expressões que refletem formas de democracia participativa, em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo.¹⁰⁰

Abordando esta temática, Odete MEDAUAR aponta que, a contar dos anos 70, os contratos de direito público passaram a sofrer mutações sensíveis em sua estrutura.¹⁰¹ Primeiro, aduz a autora, porque alguns elementos de sua elaboração clássica têm sido questionados. Ademais, tem-se assistido a uma profunda atenuação do caráter unilateral e impositivo da atividade administrativa, caracteres típicos da Administração Pública clássica, aumentando-se de maneira considerável a utilização de módulos convencionais, contratuais ou consensuais, no que

⁹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Políticas Públicas e Parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na Administração consensual**. In: Revista de Direito do Estado, ano 1, nº 1. p. 112.

⁹⁸ BAPTISTA. *op. cit.*, p. 272.

⁹⁹ *Apud* OLIVEIRA. **Contrato de Gestão**, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁰ COUTO E SILVA, Almiro. **Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas**. In: Revista de Direito Administrativo, v. 209, jul./ago./set. 1997, p. 64-65.

¹⁰¹ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. São Paulo: RT, 2003. p. 209.

consubstancia a denominada Administração Concertada ou Administração por Consenso, contraposta à clássica “Administração por atos”.

Assim, denota a doutrinadora, ao lado dos contratos clássicos de direito público, surgiram e disseminaram-se acordos entre a Administração e grupos ou entidades menores, constituindo um quadro absolutamente inédito no tocante ao relacionamento entre as duas esferas. Aponta ainda a autora uma série de fatores que contribuíram para esta nova feição da Administração: afirmação pluralista da sociedade, heterogeneidade de interesses, proximidade entre sociedade e Estado, crise da lei formal, desenvolvimento de novas técnicas de atuação do poder público, processo de *deregulation*, racionalização e modernização da atividade administrativa, emergência de princípios como a eficiência¹⁰² e a produtividade, dentre outros. E remata:

“A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade. [...] Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato [...] Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação”.¹⁰³

A atividade consensual, nesta toada, vincula-se sobremaneira à participação popular e à exigência de transparência nas atividades administrativas. Nesta perspectiva, exsurge o consenso como instrumento moralizador da atividade administrativa, contribuindo para conferir a esta maior legitimidade.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵ Tão importante a emergência da Administração Consensual, inaugurada sob a égide do Estado Democrático de Direito como forma alternativa de ação estatal, que um de

¹⁰² “[...] via de regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**. In: Revista de Direito do Estado, Ano 1, nº. 1, p. 157).

¹⁰³ MEDAUAR. **O Direito Administrativo...** *op. cit.*, p. 211.

¹⁰⁴ Sobre o assunto, aponta Alexandre Santos de Aragão: “a Administração consensual é um corolário necessário da tese que vê a legitimação da Administração não mais na lei, mas na satisfação das necessidades sociais dos cidadãos” (ARAGÃO. *op. cit.*, p. 158).

¹⁰⁵ No entanto, a figura do consenso não deve ser vista de modo indiscriminado. Consoante afirma Patrícia Baptista, embasada em André de LAUBADÈRE, devemos resistir à tentação do excesso de consensualidade, evitando-se seu emprego abusivo. Nesta seara, admite-se que o consenso não pode substituir de maneira absoluta a atuação unilateral impositiva da Administração, na medida em que existem funções públicas e poderes que não podem, de modo algum, ser abdicados pela Administração, em vista do que dispõe a Constituição. (Cf. BAPTISTA. *op. cit.*, p. 269-270). No mesmo sentido, García de ENTERRÍA: “a aplicação do regime de consenso, em substituição do exercício unilateral dos poderes públicos [...] só pode ser realizado em virtude de autorizações legais específicas” (*Apud* BAPTISTA, *op. cit.*, p. 270).

seus principais doutrinadores no Brasil, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, considera-a um dos três grandes vetores da modernização do Direito Administrativo, capaz de impulsionar e desenvolver a negociação entre os setores público e privado, com vistas ao atendimento do interesse público.¹⁰⁶

A partir dessa lógica difusa, passa-se a compreender todo o aparato político-administrativo estatal, que se mune de ideários como a descentralização, a cooperação e a gestão integrada e compartilhada de bens e serviços públicos.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸ Campos tradicionalmente ocupados pela imperatividade passam, gradativamente, a ser permeados por uma lógica consensual, uma lógica dialógica de negociação entre setor público e privado com vistas ao atingimento de uma maior eficiência administrativa. Para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, a importância da *consensualidade* reside justamente no desenvolvimento que, por sua conta, experimentou o modo de atuação mais avançado de que dispõe hoje o Estado: a via do *fomento*.¹⁰⁹

Analisando as transformações operadas pela inserção da consensualidade no cenário administrativo brasileiro, aponta MOREIRA NETO:

A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (*eficiência*); propiciam mais freios contra o abuso (*legalidade*); garantem a atenção a todos os interesses (*justiça*); proporcionam decisão mais sábia e prudente (*legitimidade*); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (*civismo*); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (*ordem*).¹¹⁰

Nesta medida, seguindo o raciocínio do autor, é possível estabelecer uma “tipologia da consensualidade”, tomando por base as funções fundamentais do Estado. “*Primo*, a consensualidade na *produção de normas* [...] *Secundo*, a consensualidade na *administração dos interesses públicos* [...] *Tertio*, a

¹⁰⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 236-238.

¹⁰⁷ Neste sentido, segundo Joan Prats I CATALÀ, há um “consenso crescente de que a eficácia e a legitimidade da atuação pública se fundamenta na qualidade da interação entre os distintos níveis de Governo e entre estes e as organizações empresariais e da sociedade civil” (*Apud* OLIVEIRA. **A Administração Consensual...** *op. cit.*)

¹⁰⁸ “A Administração pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação, a transação” (OLIVEIRA. **A Administração Consensual...** *op. cit.*, p. 277).

¹⁰⁹ “Com efeito, pela consensualidade, o Poder Público vai mais além do que estimular a prática de *condutas privadas* de interesse público, passando a promover a criação de *soluções privadas de interesse público*”. MOREIRA NETO. **Mutações do Direito Público...**, *op. cit.*, p. 79.

¹¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 41. Interessante a análise procedida pelo autor no tocante às justificativas para a preferência da via coordenativa, em substituição à tradicional via unilateral subordinativa (*Ibidem*, p. 42-43).

consensualidade na solução de conflitos [...]”.¹¹¹ Assim, ao conjunto de novos modelos de ação administrativa, caracterizados pelo consensualismo e pela negociação, convencionou-se denominar “administração concertada”.

Noção semelhante, mas não idêntica à de consensualidade, é a de contratualidade (mesmo porque o fenômeno do consensualismo ultrapassa em muito a utilização da figura do contrato).¹¹² Tanto uma quanto outra, no entanto, costumam ser vistas no mesmo cenário: o da busca por uma maior interação entre Estado-Administração Pública e Sociedade na consecução do dito interesse público. A ideia que as diferencia é exatamente a de negociação: enquanto na concertação (consensualismo) há um processo de negociação entre a Administração e os particulares, na contratação permanecem as bases da unilateralidade.

Densificando as considerações acima tecidas no campo do tema ora abordado, é possível inferir que, com a Reforma Gerencial da Administração Pública, intentada pelo governo de FHC na década de 90 do século passado, é evidente que a pretensa lógica da atuação administrativa na esfera social modificou-se de modo contundente.

Consoante se pretendeu denotar, desenvolveram-se métodos de intervenção estatal até então desconhecidos (ou, ao menos, ignorados ou esquecidos), e a relação entre os setores público e privado passou a ser imbuída de uma lógica bastante diversa da imperante até então. Aliás, não foi senão por conta dessa reforma profunda no relacionamento entre a Administração e os privados que, em 1995, o Brasil assistiu a publicação da Lei nº 8987, a famosa Lei de Concessões de Serviços Públicos, que normatizou uma figura administrativa revolucionária em comparação com os tradicionais modelos contratuais vigentes até então, ainda que as concessões já existissem desde o séc. XIX na Europa.

Como consequência da reforma gerencial dos anos 90, portanto, a Administração Pública viu suas relações com o setor privado passarem de praticamente proibidas, subsidiárias, justamente para o viés oposto: tais relações

¹¹¹ *Idem*. Nesta esteira, merece atenção a exposição correlata a esta temática, realizada pelo autor acerca da tipologia (gêneros e espécies) da administração consensual (MOREIRA NETO. **Mutações do Direito Público...**, *op. cit.*, p. 336-347).

¹¹² Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Cristiane SCHWANKA afirmam que “a *concertação administrativa* e a *contratualização administrativa* podem ser arroladas como formas de expressão da Administração Consensual” (OLIVEIRA. **A Administração Consensual...** *op. cit.*, p. 281). Adiante na mesma obra, atestam: “é a expansão do consensualismo administrativo que confere novos usos à categoria jurídica *contrato* no setor público. E em virtude da ampliação desse fenômeno, defende-se a existência de um *módulo consensual da administração pública*, o qual abarcaria todos os ajustes [...] passíveis de serem empregados pela Administração Pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins” (*Ibidem*, p. 282).

passaram a ser provocadas, recomendadas e até mesmo em certos casos ordenadas, principalmente em decorrência dos princípios da subsidiariedade e da eficiência, nortes da reforma gerencial.

Na década de 90 do século passado, exatamente no curso das reformas gerenciais, exprimindo esse novo relacionamento entre sociedade e Estado, surgiu a locução “Parceria”, termo ligado ao fenômeno dos contratos administrativos, abrangendo os mais variados tipos de ajustes e acordos de cooperação e colaboração entre entidades públicas e o setor privado. Como exemplo dessa nova aplicação, as Leis nº. 9637/98 e 9790/99 mencionam os “contratos de gestão” e os “termos de parceria” a serem firmados entre a Administração Pública e entidades do “Terceiro Setor” portadoras de determinado título, tema este que será abordado adiante.

Não bastasse isso, pode-se aduzir, sem sombra de dúvidas, que por conta da “inversão” do ideário reformista promovida pelo governo Lula, ainda é tímida a aplicação da consensualidade no Brasil, sendo a unilateralidade a característica dominante até hoje (ao menos teoricamente) na Administração Pública brasileira.

À guisa de conclusão, perseguindo Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, é possível apontar para a inafastável “necessidade de desenvolver estudos sobre o princípio constitucional da consensualidade no direito brasileiro”, uma vez que, conforme aduz o autor, “sua existência terá o condão de iluminar inúmeras relações entre sociedade e Estado”. Neste íterim, para o autor, a consensualidade surge como principal meio apto a promover o desenvolvimento do modo de atuação mais avançado de que dispõe o Estado hodiernamente: a via do fomento.¹¹³

De acordo com Moreira Neto, por meio da consensualidade, o Poder Público vai além de meramente “estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento”. Assim, deve-se pensar o consenso “como um grande aperfeiçoamento ético nas relações entre os indivíduos e o Estado”, acrescentando às “potencialidades da máquina burocrática as infinitas potencialidades de criatividade e de ação da sociedade”. Finaliza o autor:

[...] um Estado de Justiça, não pode prescindir dessa interação horizontal e sadia com a sociedade, devendo refletir-se em sua atuação, de modo que

¹¹³ MOREIRA NETO. **Mutações do Direito Público...**, *op. cit.*, p. 347-349.

ações suasórias sempre precedam ações dissuasórias e estas, as sancionatórias: a face imperativa do Poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável.¹¹⁴

Traçadas mais estas premissas para a compreensão do tema proposto, o objeto de análise do próximo capítulo consistirá o cerne da presente pesquisa: o papel primordial das entidades do “Terceiro Setor” no ideário gerencial inaugurado em 1995 e as parcerias que entre si passaram a firmar os entes do “Terceiro Setor” e a Administração Pública para a consecução de objetivos de interesse público.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 349.

3. REFORMA ADMINISTRATIVA E “TERCEIRO SETOR”

Após terem sido delineados, ainda que com a brevidade que se impõe no presente momento, os contornos mais genéricos daquela que se convencionou denominar “Reforma Gerencial da Administração Pública”, ocorrida em meados da década de 90 do século passado no Brasil, cumpre seguir adiante para abordar especificamente o tema das parcerias firmadas entre a Administração Pública e os entes do denominado “Terceiro Setor”, enfocando-se a crucial análise referente aos aspectos da lógica gerencial que as fez surgir no cenário nacional.

3.1. O “Terceiro Setor” na lógica gerencial: eficiência, subsidiariedade e atividade de fomento

O “terceiro setor” – aqui compreendido como conjunto de entidades de direito privado que, atuando sem fins lucrativos, desempenham atividades de interesse público, paralelamente ao Estado e por ele subsidiadas – surgiu no cenário jurídico nacional há muito tempo, como visto em capítulo anterior. No entanto, pode-se dizer que suas influências mais marcantes no campo do Direito Administrativo começaram a se dar muito tempo depois, com o advento da Reforma Gerencial.

A reforma gerencial, proposta no seio do governo de FHC pelo então Ministro da Administração e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, visava, como visto, a substituição da morosa e ineficiente Administração Burocrática – adequada para o Estado Liberal, mas completamente deficiente nos praticamente inexistentes liames interventivos do Estado Social – pela dita Administração Gerencial, pautada nos ideais da Subsidiariedade e da Eficiência.

Tal reforma, reprise-se, continha em seu bojo uma série de propostas e projetos para que, revolucionando a estrutura da prestação de serviços à população (e, mais amplamente, a estrutura de intervenção do Estado), a Administração Pública brasileira passasse a se pautar em novos ideais, a exemplo da afamada eficiência, acrescentada pela EC nº 19/98 no *caput* do artigo 37 da Constituição republicana, e do controle de resultados, em substituição ao burocrático e assim considerado ultrapassado controle formal de procedimentos.

Um dos principais projetos da reforma gerencial – e talvez o mais revolucionário deles – foi justamente o projeto denominado de “Publicização”.¹¹⁵ a proposta aqui era, embasando-se no critério da subsidiariedade e no dever de eficiência, repassar a execução dos ditos serviços de relevância pública para entidades emergentes da sociedade, de direito privado e sem fins lucrativos, que passariam a receber a qualificação de “Organizações Sociais”.¹¹⁶⁻¹¹⁷ Não é em passo diverso o caminhar de Leila CUÉLLAR:

No transcurso da chamada Reforma Administrativa, o Governo Federal procurou implantar a possibilidade jurídica da criação de entes que, ao mesmo tempo em que possuísem natureza privada, exercitassem funções públicas meritórias, atendendo ao interesse público desvinculado do chamado ‘núcleo estratégico’ [...]. Tais pessoas vieram a criar e preencher o denominado ‘terceiro setor’: um espaço privado, destinado ao cumprimento de tarefas com índole e finalidade públicas.¹¹⁸

Retomando a classificação proposta por Bresser em relação às formas de propriedade e respectivos setores do Estado,¹¹⁹ fez-se constar no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – documento-chave do processo de reforma – que “para o setor não-exclusivo ou competitivo do Estado a propriedade ideal é a pública

¹¹⁵ O termo não passou imune a críticas: para muitos, a proposta gerencial de repasse de atividades às entidades do “terceiro setor” implica, muito mais, um processo de privatização de cunho neoliberal. Neste sentido: VIOLIN. **Terceiro Setor e as Parcerias...** op. cit., p. 102. Ver também: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 497; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. O tema será mais detidamente abordado adiante.

¹¹⁶ Cumpre anotar, no que tange à conceituação de “serviço de relevância pública”, a interessante proposta de Paulo Modesto, o qual sugere uma “ruptura do modelo de soma zero e a adoção da *classificação das atividades de prestação pública em três categorias fundamentais de atividade*”. (MODESTO, Paulo. **Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de ‘serviço público’, ‘serviços de relevância pública’ e ‘serviços de exploração econômica’ para as parcerias público-privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 441). Assim, para o autor, ao lado da clássica, porém já insuficiente dicotomização “atividade econômica – serviço público”, surge um *tertius*, que consiste justamente no conceito de “atividade de relevância pública”, definido pelo autor como “as atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente a dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso” (*Ibidem*, p. 456). No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta a necessidade de superação da clássica dicotomia, a fim de incluir, ao lado dos serviços públicos estatais, aqueles que ele denomina “serviços de utilidade pública”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações nos Serviços Públicos**. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (org.). **Direito Público – Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 211-236).

¹¹⁷ Refletindo tal entendimento, Maria Inês Barreto aponta que “[...] a reestruturação desse setor governamental [...] constitui o ponto nevrálgico que todo o processo de reforma” (BARRETO, Maria Inês. **As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro**. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill (orgs.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 111).

¹¹⁸ CUÉLLAR, Leila. **Os Novos Serviços Sociais Autônomos: Exame de um Caso**. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 283.

¹¹⁹ Afirmava o autor: “[...] estamos supondo a existência de quatro esferas ou formas de propriedade relevantes no capitalismo contemporâneo: a propriedade pública estatal, a pública não-estatal, a corporativa e a privada” (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. **Entre o Estatal e o mercado: o público não-estatal**. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 17). E prossegue: “[...] a sociedade ‘civil’ não é equivalente ao público, assim como o Estado não o esgota, [...] é precisamente na ruptura dessa dicotomia que se pode encontrar uma das maiores potencialidades para a mudança social” (*Ibidem*, p. 20).

não-estatal”.¹²⁰ Por “público não-estatal” deve-se compreender exatamente a área de atuação do “terceiro setor”: não pertencem ao Estado, mas atendem a finalidades de interesse público.¹²¹

Nesta esteira, a proposta dos gerencialistas no campo dos serviços não-exclusivos (em destaque, serviços sociais como saúde e educação) era a de “transferir para o setor público não-estatal estes serviços, através de um programa de ‘publicização’, transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais [...]”.¹²² Esta análise não passou despercebida por Sílvio Luís Ferreira da ROCHA:

A proposta do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado completa-se com a admissão, ao lado da propriedade estatal e da propriedade privada da denominada propriedade pública não-estatal de bens e serviços pelas organizações sem fins lucrativos. Ao setor de serviços não exclusivos de atuação do Estado deve corresponder a propriedade pública não-estatal e, por essa razão, bens e serviços de titularidade do Estado são transferidos a organizações sem fins lucrativos por intermédio de um processo denominado de ‘publicização’.¹²³

Visava-se, com tal postura, lograr maior autonomia na prestação dos serviços albergados pela expressão; atribuir aos dirigentes das entidades maiores responsabilidades na gestão da coisa pública; proporcionar um controle social direto (contribuindo para o desenvolvimento da democracia); e, finalmente, lograr maior sinergia entre o Estado e a sociedade civil, por meio da atuação em parceria e do controle das Organizações Sociais.¹²⁴ Tudo isso, em última instância, com o fito de aumentar a eficiência e a qualidade na prestação dos serviços à população,¹²⁵

¹²⁰ BRASIL. **Plano Diretor...** *op. cit.*, p. 43.

¹²¹ Aqui, com o máximo respeito, discorda-se da compreensão que teve acerca do tema o consagrado jurista paranaense Romeu Felipe Bacellar Filho, que, ao tecer considerações acerca da divisão dos setores do Estado feita no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, separou-os em “primeiro, segundo e terceiro setor” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 251). Em verdade, crê-se ser impossível identificar ambas as classificações: uma delas é proposta no seio de uma reforma estatal, dividindo somente os setores *do Estado*; outra é já clássica, e divide os setores sob uma perspectiva mais ampliada (Estado, Sociedade e Mercado). O que se quer dizer é que o “setor de serviços não-exclusivos do Estado” – concebido pelos reformistas – *corresponde* à área de atuação do chamado “Terceiro Setor”, mas tais expressões não são sinônimas.

¹²² BRASIL. **Plano Diretor...** *op. cit.*, p. 46.

¹²³ ROCHA. *op. cit.*, p. 39-40.

¹²⁴ “Se forem consideradas tais evidências e reconhecidas as vantagens da propriedade pública não-estatal para a ampliação da democracia, é possível esperar que ela constitua a forma por excelência através da qual a sociedade organizará seus serviços sociais e científicos de forma competitiva, com financiamento por parte do Estado e em parte diretamente do setor privado em forma de contribuições ou de pagamentos por serviços prestados. Será a forma através da qual o Estado poderá manter seu caráter social [...] mas assegurando simultaneamente a eficiência [...]” (BRESSER PEREIRA. **Entre o Estatal e o mercado...** *op. cit.*, p. 35-36).

¹²⁵ Nas palavras de Bresser: “[...] esse tipo de entidade, além de se constituir em um espaço intermediário entre o Estado e o mercado, contribui para o fortalecimento das instituições democráticas, é mais eficiente e garante melhor qualidade para a realização desses serviços do que as organizações estatais ou privadas” (BRESSER

passando a antiga Administração burocrática auto-referida a voltar-se precipuamente para o atendimento das necessidades dos cidadãos.

Destarte, longe de constituir mero assunto correlato ao tema das parcerias entre a Administração Pública e o “Terceiro Setor”, a reforma gerencial foi, na verdade, o nascedouro da temática no Brasil: se antes da reforma o “Terceiro Setor” era visto apenas como uma forma de expressão da sociedade, a partir das propostas gerencialistas passou a ser compreendido também como forma de expressão do próprio Estado, eis que, para além da mera designação de títulos (como o de Utilidade Pública, Fins Filantrópicos e, mais recentemente, Entidade Beneficente de Assistência Social), o Poder Público passou a conceber as entidades que o compõem como promissoras parceiras, em busca da eficiência na prestação de serviços não-exclusivos.¹²⁶

A seguir, serão analisados separadamente os ideários introduzidos pela Reforma Gerencial no que concerne ao âmbito de atuação das entidades “públicas não-estatais”. Nessa senda, abordar-se-á o tema da busca pela eficiência e a inserção da lógica da subsidiariedade – com seu corolário, a atuação suplementar do Estado contemplada na atividade de fomento –, doravante considerados como os pontos-chave que legitimaram (ao menos teoricamente) a transferência da prestação de serviços não-exclusivos ao “terceiro setor”.

PEREIRA. **Reforma do Estado...** *op. cit.*, p. 235). Tal entendimento restou reproduzido no “Caderno MARE de Reforma do Estado” nº 2, p. 12, onde se fez constar: “Em síntese, a estratégia de publicização visa a aumentar a eficiência e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor” (BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. **Caderno MARE de Reforma do Estado nº 2: Organizações Sociais**. Brasília: MARE, 1998. p. 12).

¹²⁶ Sobre o assunto, esclarecedor o escólio de Egon Bockmann Moreira: “Em suma, o terceiro setor tem por objeto o chamado ‘setor público não-estatal’, através de um programa simultâneo de publicização parcial de entidades privadas e despolitização de decisões administrativas, conferindo autonomia e flexibilidade a serviços públicos não-exclusivos, com o conseqüente incremento da responsabilidade de seus executores, aumentando a participação e controle popular quanto aos seus objetivos e resultados. Ao mesmo tempo em que se confere determinado título jurídico a pessoas de Direito Privado, a fim de que atinjam específica finalidade de interesse público, suprime-se a participação direta da Administração na gestão da atividade. O resultado é um setor híbrido da economia, em que as pessoas privadas organizam-se com o intuito de exercer atividades públicas e não-lucrativas” (MOREIRA. **Organizações Sociais...** *op. cit.*, p. 263-264). Por seu turno, já assinalou Marçal Justen Filho que “uma tendência marcante da atualidade consiste na conjugação de esforços e recursos entre as entidades estatais e a iniciativa privada, visando a ampliar a eficácia na utilização dos recursos econômicos e gerar serviços públicos mais eficientes, dotados de maior qualidade e com menor custo” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 590).

3.1.1. O programa de “Publicização” e a busca da Eficiência administrativa

Um dos motes principais do projeto de reforma gerencial iniciado em 1995 no país foi, sem sombra de dúvida, a busca (quase que obsessiva) pela eficiência na gestão administrativa.¹²⁷⁻¹²⁸

Abordando o princípio da eficiência no campo ora sob análise, preciosas são as considerações de Egon Bockmann MOREIRA, para quem a Reforma Administrativa gerencial “[...] deu-se especialmente através da pretensão à *descentralização* estatal, *parcerias* com a iniciativa privada e *valorização* da *competência e eficiência* da Administração Pública”.¹²⁹

No campo das atividades a serem prestadas pelas entidades componentes do “Terceiro Setor”, relativas, como visto, ao ambicioso programa de Publicização, constou do Plano Diretor da reforma:

O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, nos quais não existe o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal.¹³⁰

Fácil perceber, daí, que a eficiência constitui um dos fins últimos buscados pelos gerencialistas. E nem poderia ser diferente. Como visto no capítulo anterior, o pressuposto básico para a propositura da reforma gerencial era justamente a ineficiência da Administração Burocrática frente ao agigantado Estado Social prestador de serviços, de modo que se fazia necessário substituir o aparelho de Estado para que este assumisse contornos gerenciais, mais preocupados com as finalidades e não com os procedimentos.¹³¹ A eficácia da Administração Burocrática (consubstanciada na necessidade de repercussão prática dos atos administrativos)

¹²⁷ Ainda que não possua seu nome diretamente vinculado ao processo de reforma, Diogo de Figueiredo Moreira Neto bem expressa o sentimento de seus idealizadores: “Não se trata de escolher entre prestações públicas ou privadas, mas de encontrar as combinações que se mostrem mais eficientes, econômicas e legítimas” (MOREIRA NETO. **Mutações do Direito Administrativo...** *op. cit.*, p. 47).

¹²⁸ “Não é segredo que a ineficiência é tomada pelo Poder Público como sustentáculo retórico da flexibilização do regime administrativo, notadamente através da política de desestatização” (GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional...** *op. cit.*, p. 69).

¹²⁹ MOREIRA. **Processo Administrativo...** *op. cit.*, p. 169.

¹³⁰ BRASIL. **Plano Diretor...**, *op. cit.*, p. 60.

¹³¹ “O propósito fundamental dessa reforma era a substituição do antigo modelo burocrático, caracterizado pelo controle rigoroso dos procedimentos, pelo novo modelo gerencial, no qual são abrandados os controles de procedimentos e incrementados os controles de resultados. [...] Em termos práticos, deve-se considerar que, quando mera formalidade burocrática for um empecilho à realização do interesse público, o formalismo deve ceder diante da eficiência” (DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 77-78).

foi substituída pela busca de eficiência na Administração Gerencial (pautada no atingimento de resultados previamente estabelecidos em pactos).

Tamanha a importância da Eficiência no pensamento dos gerencialistas que, em 1998, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 19, a qual, dentre outras coisas, alterou o *caput* do artigo 37 da Constituição, inscrevendo ao lado dos outros princípios aplicáveis à Administração Pública o Princípio da Eficiência.

Sobre referido princípio, Alexandre de MORAES escreveu:

Assim, *princípio da eficiência* é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.¹³²

Adiante na mesma obra, relacionando o princípio da eficiência com a proposta gerencial, ponderou o autor que “uma das características básicas do *princípio da eficiência* é evitar a burocratização da administração pública, no sentido [...] de *burocracia administrativa*”.¹³³

A relação entre o programa gerencial de Publicização – que previa o repasse das atividades estatais não exclusivas aos entes denominados “públicos não-estatais” (as “organizações sociais”) – e o princípio da eficiência encontra fundamento na própria premissa gerencial de que, quando desempenhados fora do Estado e fora do Mercado, os serviços sociais alcançarão melhores resultados e lograrão aumento da esfera social participativa. Senão, veja-se o que asseverava Luiz Carlos BRESSER PEREIRA:

A aposta do governo Fernando Henrique Cardoso nas organizações sociais parte, de um lado, da verificação de que a adoção da propriedade pública não-estatal para a realização de serviços sociais [...] tende a ser cada vez [sic] mais generalizada em todo o mundo, e, de outro, da convicção de que esse tipo de entidade, além de se constituir em um espaço intermediário entre o Estado e o mercado, contribuindo para o fortalecimento das instituições democráticas, é mais eficiente e garante melhor qualidade para a realização desses serviços que as organizações estatais ou privadas.¹³⁴

Posteriormente, remata o autor que a política da publicização, entretanto, “só faz sentido se a produção de serviços sociais por meio de entidades públicas não-

¹³² MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: emenda constitucional nº 19/98**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 30.

¹³³ *Ibidem*, p. 36.

¹³⁴ BRESSER PEREIRA. **Reforma do Estado...** *op. cit.*, p. 235.

estatais for mais eficiente e garantir melhor qualidade do que a produção privada ou a produção estatal”.¹³⁵

Daí já se percebe, com clareza solar, a íntima relação existente entre o princípio da eficiência e o surgimento, no país, da temática das parcerias que a Administração Pública firma com o “Terceiro Setor”. De fato, as modalidades de ajuste entre o Poder Público e tais entidades somente foram incentivadas, na reforma gerencial, em virtude do pressuposto de sua maior eficiência em comparação à prestação direta pelo Estado.¹³⁶

Contemplando essa análise, aduz Emerson GABARDO:

Os resultados, os objetivos conquistados, as finalidades, são tomados não como princípios, mas como realidade fática, somente apreensível empiricamente, nos casos concretos. E é nesta forma de apreensão que estes elementos se tornam, para o novo modelo, o fundamento de legitimidade. A racionalidade gerencial, embora não prescindida dos procedimentos, os desprestigia, pois um ato não será legítimo se não for considerado eficiente, ou seja, se o fim não for satisfatório.¹³⁷

Assim é que, de acordo com o pensamento dos gerencialistas, a legitimidade dos serviços a serem prestados aos “administrados” encontra fundamento não mais nos procedimentos rigorosos da Administração Burocrática, mas sim, ao revés, no controle dos resultados alcançados, os quais devem visar ao máximo a eficiência.¹³⁸⁻¹³⁹

Por seu turno, pondera Maria Sylvia Zanella DI PIETRO que, no âmbito da Administração Pública Gerencial, a eficiência torna-se essencial, de modo que a “reforma do aparelhamento do Estado passa a ser orientada predominantemente

¹³⁵ *Ibidem*, p. 241. No mesmo sentido, afirma Maria Inês Barreto: “[...] o setor público não-estatal, caracterizado como instância intermediária entre o Estado e o mercado, emerge como possibilidade de conciliação da eficiência das empresas privadas com a finalidade social dos serviços públicos” (BARRETO. *op. cit.*, p. 111).

¹³⁶ Não é diversa a conclusão de Maria Inês Barreto, que, ao comentar a proposta reformista concebida no governo FHC, assim pontuou: “Baseada num diagnóstico que considera a rigidez burocrática o problema central da administração pública, essa iniciativa presume que esses serviços [referindo-se aos serviços não-exclusivos do Estado] ganharão em qualidade e eficiência se, mantidas as dotações orçamentárias e as subvenções sociais transferidas pelo poder público, eles saírem do âmbito de atuação do Estado” (*Ibidem*, p. 120). No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “[...] pela *delegação social*, o Poder Público retrai-se a uma atuação subsidiária da atividade gestora das entidades privadas, sempre que estas possam apresentar superiores condições de eficiência” (MOREIRA NETO. *Mutações do Direito Administrativo...* *op. cit.*, p. 240).

¹³⁷ GABARDO. *Princípio constitucional...* *op. cit.*, p. 48.

¹³⁸ A expressão “administrados” encontra-se hoje fora de época. Valia para a Administração Pública clássica, liberal, do século XIX, mas não mais se sustenta em face das novas tonalidades que assume a ação administrativa contemporânea. Reflexão semelhante é levada a efeito de modo ímpar por Diogo de Figueiredo Moreira Neto e por Odete Medauar, os quais abordam de modo brilhante o tema da “consensualidade” na Administração Pública hodierna. Sobre o tema, teceram-se algumas considerações acima, item 2.2.

¹³⁹ Confira-se, nesse passo, o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem “a Administração Pública está necessariamente *vinculada* ao cumprimento da Constituição e, por isso, *os resultados devem ser alcançados*” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 111).

pelos valores da **eficiência** e **qualidade** na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações”.¹⁴⁰

Num viés mais amplo, abstraindo-se da reforma gerencial brasileira e encarando o fenômeno com base em caracteres e tendências globais, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO constata que a busca pela eficiência, na verdade, responde a um anseio generalizado que visa à chamada “funcionalização da Administração Pública”:

[...] a reabilitação pós-positivista dos *princípios*, ao redefinir a *supremacia dos direitos fundamentais*, e o seu poderoso efeito-demonstração [...] foram os dois mais importantes fatores que puseram em foco um novo conceito operativo para a administração pública, tudo partindo de uma *precisa e adequada vocação das funções cometidas a cada entidade prestadora*, de modo a satisfazer, da melhor maneira possível e com menores sacrifícios, demandas tradicionais [...] pouco importando quem será o prestador [...] o que realmente importa é a *eficiência*, aferida pelo resultado. É nessa perspectiva, de uma visão *funcionalista* do Direito Administrativo, [...] que assomam de importância [...] as *novas organizações administrativas, funcionalmente orientadas*.¹⁴¹

Analisando esta temática no caso particular brasileiro, conclui o autor:

No Brasil, foi necessário proceder-se a uma profunda alteração nos parâmetros constitucionais da administração pública, procedendo-se a uma reforma do Estado, para que fosse possível a absorção de algumas dessas instituições pós-modernas de *administração associada*, sendo que a mais importante foi o parâmetro qualitativo [...] que veio a se positivar com a explicitação do *princípio constitucional da eficiência*.¹⁴²

Apesar de tudo o que restou até aqui firmado no que diz respeito à vinculação do princípio constitucional da eficiência com a proposta de reforma gerencial intentada a partir de 1995, Emerson GABARDO, em monografia específica sobre o tema, aponta para a necessidade de compreensão do princípio de forma autônoma, desvinculada da dimensão política reformadora que o positivou no art. 37 Constituição como mera forma de legitimação para as políticas gerencialistas.¹⁴³ Afinal, como já reproduzido acima, para o autor a eficiência não aparece em virtude da crise do Estado Social, fazendo-se já presente desde o Estado Moderno. E remata:

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 49. E prossegue a autora: “O objetivo expresso é o de aumentar a eficiência e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor” (*Ibidem*, p. 53).

¹⁴¹ MOREIRA NETO. **Quatro paradigmas...** *op. cit.*, p. 105. Prossegue o autor: “[...] o Estado em mutação privilegia a *funcionalidade*, pois que endereçada ao atingimento da *eficiência*” (*Ibidem*, p. 110).

¹⁴² MOREIRA NETO. **Mutações do Direito Administrativo...** *op. cit.*, p. 452.

¹⁴³ GABARDO. **Princípio constitucional...** *op. cit.*, p. 17.

[...] muito pouca relevância será relegada aos motivos ensejadores da inclusão da eficiência na Constituição. Bem se sabe que no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que deu origem a tal inclusão, a idéia predominante era a desconstitucionalização, rumo a um neoliberalismo debilitado na forma da Administração Gerencial. Na aplicação prática do princípio, certamente que a perspectiva deve alterar-se, rumo à democracia-social, que, nesse sentido, torna-se compatível com a Constituição vigente.¹⁴⁴

A despeito de tal posicionamento, que de forma louvável tenta conciliar a inclusão do princípio da eficiência na Constituição da República com os valores nela contemplados, discussões laterais acerca do princípio não devem ser aqui aprofundadas, sob pena de desvirtuamento do objetivo fundamental do presente item, que foi precisamente demonstrar, de modo superficial, o impacto da noção de eficiência na concepção gerencial do programa de “publicização”, adotada como fundamento para justificar (legitimar) o repasse de atividades estatais não-exclusivas a entidades do “terceiro setor”.

3.1.2. A “Publicização” e o princípio da Subsidiariedade

Para além do critério da eficiência e intimamente ligado a tal aspecto da reforma gerencial, outro arcabouço legitimador da política reformista, notadamente no que concerne ao projeto denominado Publicização, foi a adoção do princípio da subsidiariedade como norte da política interventiva do Estado.

Em verdade, o princípio da subsidiariedade possui ligação quase que umbilical com o princípio da eficiência, haja vista que prega a lógica da preferência pela prática de atividades em nível local para, somente no caso de sua insuficiência, ser a atividade levada a efeito pela entidade de nível global. Tal compreensão, por servir como luva às pretensões dos gerencialistas, não poderia passar despercebida: a subsidiariedade foi unida à eficiência e, a partir disso, propôs-se o repasse de atividades do Estado para as organizações sociais, porquanto estas, como organismos menores e dotados de maior flexibilidade na gestão dos serviços, prestá-los-iam aos cidadãos com mais eficiência em comparação à prestação feita diretamente pelo Estado.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 89.

O princípio em comento deita raízes na Doutrina Social da Igreja Católica, tendo sido reproduzido nas mais diversas Encíclicas papais: *Rerum Novarum* (1891), *Quadragesimo Anno* (1931), *Mater et Magistra* (1961), *Pacem in Terris* (1963) e *Centesimo Anno* (1991).

Debruçando-se sobre o princípio de modo bastante detido, informa Silvia Faber TORRES o atual sentido em que se configura a subsidiariedade:

Provinda sobretudo da Igreja Católica, a subsidiariedade foi oportunamente acolhida pelo direito público como princípio diretor de um sistema ideal de distribuição de competências entre a comunidade maior e a comunidade menor, pelo qual os poderes devem ser exercidos de forma mais próxima possível do cidadão, só devendo as instâncias superiores intervir em nome da eficácia e da necessidade.¹⁴⁵

Após constatar que a aplicação do princípio da subsidiariedade encontra maior significação e importância no âmbito público das relações entre Estado e sociedade civil, a autora emana sua compreensão acerca da dimensão hodierna do princípio:

É, pois, em sua formulação contemporânea, um princípio de divisão de competências e de cooperação, que procura definir os domínios próprios dos indivíduos, dos grupos intermédios e do Estado, exigindo que se atribuam as responsabilidades públicas às autoridades mais próximas dos cidadãos, que se encontram em condições de exercê-las de forma mais eficiente.¹⁴⁶

De sua parte, Vania Mara Nascimento GONÇALVES constata que a atual sociedade pluralista “exige uma maior participação da Sociedade Civil nos processos de acesso ao poder”. Em decorrência disso, “o Estado perde a exclusividade do poder e passa a reparti-lo com a Sociedade Civil, dentro da concepção do Princípio da Subsidiariedade”. O Estado abdica-se de seu papel de prestador direto de serviços e passa a ser um “Estado Regulador”, “Fomentador”, devendo atuar sempre subsidiariamente, visto que “tudo o que puder ser provido pela sociedade por seus próprios entes e seus respectivos meios, deverá sê-lo”.¹⁴⁷

¹⁴⁵ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 34.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 35.

¹⁴⁷ GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. **Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na era da Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 149. Não é em sentido diverso o entendimento de Silvia Faber Torres, para quem “O princípio da subsidiariedade, em sua formulação contemporânea, vem fundamentar o papel subsidiário do Estado em relação à sociedade, e, de um ponto de vista jurídico, indicar parâmetros para uma distribuição de competências e de poderes [...], cabendo-lhe nortear [...] o âmbito de atuação estatal. Ele vem, em suma, na esteira do processo de redimensionamento do Estado, conferir primazia à sociedade civil [...]” (TORRES. *op. cit.*, p. 37).

No mesmo passo reflete Odete MEDAUAR, ao asseverar que são atribuídas à “subsidiariedade horizontal”¹⁴⁸ duas acepções: “a de proximidade, ou seja, a atuação deve ser conferida ao órgão mais próximo do cidadão; e a de suficiência, ou seja, a tarefa deve ser dada ao órgão que pode realizá-la com mais eficiência”.¹⁴⁹ Também Emerson GABARDO aduz, na esteira do ideário reformista gerencial, que o fundamento para o repasse das atividades não-exclusivas do Estado aos particulares (consubstanciada no já mencionado programa de “publicização”) consiste no pessimismo em face do princípio da solidariedade e otimismo em face do princípio da subsidiariedade.¹⁵⁰

Da leitura das breves passagens acima colacionadas, é fácil perceber o liame perfeito que se estabeleceu entre o significado atual do princípio da subsidiariedade e o conteúdo das propostas gerencialistas da década de 90. Em verdade, não foi tarefa tão árdua aos gerencialistas demonstrar, ao menos *no plano teórico*, a necessidade de repasse de determinadas atividades da esfera estatal para a esfera privada e pública não-estatal, haja vista o tranqüilo respaldo proporcionado pelo princípio da subsidiariedade.

Neste sentido, expõe Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

Poder-se-ia indagar qual relação existe entre privatização e subsidiariedade. Na realidade, essa relação existe, na medida em que a subsidiariedade, vista no sentido horizontal [...] (relação ente Estado e sociedade) delimita a atuação do Estado em relação à sociedade, a atuação do público em relação ao privado.¹⁵¹

Somando a busca pela eficiência – decorrente da flexibilização da gestão – com a “imposição” do princípio da subsidiariedade, o projeto das organizações sociais encontrou o perfeito respaldo para sua aplicação. Com o mote da “subsidiariedade”, defendiam-se ideais como o da legitimação das decisões, da ampliação do controle social direto e, num sentido mais amplo, da participação popular e da democratização da cidadania.¹⁵²

¹⁴⁸ Contraposta à subsidiariedade em seu aspecto vertical, esta querendo significar a repartição de competências entre União e Estados-Membros, aquela – a subsidiariedade horizontal, que nos interessa –, referindo-se ao critério utilizado “nas relações entre a esfera de atuação estatal e a iniciativa privada, para conferir primazia a esta e caráter residual àquela” (MEDAUAR. **O Direito Administrativo...** *op. cit.*, p. 245).

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 246.

¹⁵⁰ GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 143.

¹⁵¹ DI PIETRO. **Parcerias na Administração...** *op. cit.*, p. 37.

¹⁵² Como relata Vania Mara Nascimento Gonçalves: “É no sentido de assegurar um Estado democrático que [...] se busca o Estado subsidiário, com uma maior responsabilidade da Sociedade Civil” (GONÇALVES. *op. cit.*, p. 150). No mesmo sentido, o pensamento de Sílvia Luís Ferreira da Rocha: “A subsidiariedade eleva a sociedade

Resume o quadro ora proposto Sílvia Luís Ferreira da ROCHA:

No direito público o princípio da subsidiariedade serve para fundamentar uma nova concepção de Estado, no qual o papel do Poder Público deve ser delimitado com o fito de se resguardar a liberdade, a autonomia e a dignidade humanas. O princípio da subsidiariedade ressurgiu como justificativa de um Estado subsidiário – alternativo ao Estado do Bem Estar Social ou Providencial – que restringe o atuar do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, [...] e, de outro, quando a sociedade mostrar-se incapaz de satisfazer seus próprios interesses, à ajuda ou auxílio material [...].¹⁵³

Não são poucos os defensores da aplicação do princípio da subsidiariedade no que diz respeito às relações do Estado com a sociedade civil, principalmente na questão das parcerias para a prestação de serviços não-exclusivos. De sua parte, assevera Vania GONÇALVES que as “organizações da Sociedade Civil, que cumprem função pública, são inovadoras na articulação de uma nova esfera pública social”, de modo que a transferência das atividades estatais não-exclusivas para o setor público não-estatal deve ser estimulada, criando-se canais alternativos para a prestação de serviços de interesse público.¹⁵⁴

No mesmo sentido, aduz Sílvia Faber TORRES que “[...] a resposta à indagação de como reformar a Administração Pública para que cumpra, com eficiência, as missões fundamentais de um Estado Democrático de Direito [...] há de ser extraída do princípio da subsidiariedade”, de sorte que este, “[...] ao conferir elementos para o tracejar de novos parâmetros da atividade confiada à Administração Pública, exerce, por certo, um papel norteador na elaboração das normas legislativas e regulamentares”.¹⁵⁵

civil a primeiro plano na estrutura organizacional do Estado e concebe a cidadania ativa como pressuposto básico para sua realização” (ROCHA. *op. cit.*, p. 19).

¹⁵³ ROCHA. *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁴ GONÇALVES. *op. cit.*, p. 151-153. A autora demonstra ainda seu otimismo com a aplicação do princípio da subsidiariedade em diversas outras passagens da mesma obra, dentre as quais destaca-se: “[...] as entidades incumbidas da gestão de interesses públicos se beneficiarão não só da proximidade social com os segmentos da sociedade diretamente interessados na solução dos problemas, como também afastam o inconveniente de decisões unilaterais por parte do agente público” (*Ibidem*, p. 158-159); “[...] sob o influxo das entidades intermédias, o Estado se renova e se adapta ao novo contexto, abrindo caminhos para a participação da Sociedade Civil” (*Ibidem*, p. 167); “a criação de uma nova esfera de relações entre o Estado e a sociedade – o público não-estatal – apresenta-se como a melhor via, pela qual o Estado e a sociedade se organizam para intervir no campo das políticas públicas sociais” (*Ibidem*, p. 175); “[...] o terceiro setor aparece como resposta ao déficit de eficiência ou equidade da provisão pública” (*Ibidem*, p. 179); dentre tantas outras de igual importância. Neste sentido, cf.: MORALES, Carlos Antônio. **A provisão de serviços sociais através de organizações públicas não-estatais**. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill (orgs.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 76-78.

¹⁵⁵ TORRES. *op. cit.*, p. 163-164. Na mesma obra, constata a autora que, se corretamente empregada, a subsidiariedade “[...] não só assegura a racionalidade da escolha pública ou garante a racionalidade na alocação de serviços públicos, mas confere ao Estado contemporâneo uma base teórica e uma justificação filosófica [...] A adoção desta orientação na *praxis* administrativa irá conduzir certamente a um maior respeito aos direitos individuais [...]” (*Ibidem*, p. 189-190).

Também reproduzindo uma visão otimista sobre o desempenho de atividades públicas por entes do “Terceiro Setor”, Carlos Antonio MORALES pontua:

A importância da formação e consolidação da nova arena das relações públicas não-estatais, a partir da emergência e consolidação do terceiro setor, está na possibilidade de se vir a ter uma equação viável para prover os serviços sociais e executar políticas sociais, capaz de superar os obstáculos que apresentam as soluções encaminhadas exclusivamente por intermédio do Estado ou do mercado.¹⁵⁶

E conclui:

O importante é considerar as condições de constituição de uma esfera pública que possa atuar em simetria com o Estado e o mercado como possível solução duradoura e democrática para a produção de bens e serviços sociais através de organizações públicas.¹⁵⁷

Poucos foram os juristas que, como Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, demonstraram argumentação tão profunda para defender a aplicação do princípio no cenário atual de nosso Direito Administrativo. Relacionando a medida reformista da despolitização com o princípio da subsidiariedade, o autor conclui que este princípio aponta para a chamada “delegação social”, inferindo um dever de se devolver à sociedade todas as atividades que possam dispensar processamento e atuação pela via administrativa da burocracia.¹⁵⁸ Após isto, conclui o autor que “pela *delegação social*, o Poder Público retrai-se a uma atuação subsidiária da atividade gestora das entidades privadas, sempre que estas possam apresentar superiores condições de eficiência”.¹⁵⁹

Ainda que tal assertiva possa, numa primeira análise, denotar imparcialidade do autor, este mesmo trata de deixar claro, logo a seguir, sua posição, ao pontuar

¹⁵⁶ MORALES. *op. cit.*, p. 55. Um pouco antes de apontar, de modo um tanto detido, algumas das principais vantagens que o autor reputa pertencerem à atuação das “Opnes”, Morales assevera: “a emergência de organizações públicas não-estatais [...], combinada com a revisão do papel do Estado, oferece a oportunidade de uma ampla experiência inovadora na relação entre o Estado e a sociedade civil na provisão de serviços públicos sociais. Essa experiência poderia ser a fórmula para a superação dos entraves inerentes ao Estado social burocrático” (*Ibidem*, p. 72-73).

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 83. Com o que concorda Maria Inês Barreto, ao concluir que “[...] um dos maiores desafios do modelo institucional das organizações sociais é obter ao mesmo tempo sinergia na relação com o governo e participação e controle sociais [...]”. Não se trata de instituir instâncias formais de participação, mas de incorporar a lógica do público não-estatal na cultura e na prática organizacionais, mediante constituição de canais de comunicação que permitam efetiva participação e controle sociais” (BARRETO *op. cit.*, p. 146). Afinal, como afirma a autora, “o setor público não-estatal ‘não se justifica pela busca de eficiência e qualidade [...], mas pela democratização do processo decisório das políticas públicas, vista como condição para assegurar resultados sociais efetivos’” (*Ibidem*, p. 146).

¹⁵⁸ MOREIRA NETO. **Mutações do Direito Administrativo...** *op. cit.*, p. 240.

¹⁵⁹ *Idem*.

que “essas entidades intermédias apresentam sensíveis vantagens sobre a tradicional atividade burocraticamente centralizada”.¹⁶⁰

Após citar as contribuições de Guy Braibant, para quem a política descentralizadora às entidades de direito privado garante a participação da sociedade e a leveza na gestão do serviço, o próprio autor acrescenta uma tríade de vantagens da “descentralização social” (fenômeno que, como visto, foi denominado de “publicização” pelos reformistas de 1995). A primeira é a vantagem política, consubstanciada na abertura da participação do cidadão, o que aumenta, por consequência, a legitimidade das decisões. A segunda é a vantagem técnica, que se relaciona à despolitização das decisões, ocasionada pela negociação entre a entidade e os grupos sociais. Por fim, a vantagem fiscal, caracterizada na ausência de ônus ao Estado com o repasse da prestação do serviço. Tudo isso, conclui o autor, contribuindo para o “aproveitamento mais intenso da sinergia social no trato de problemas complexos”.¹⁶¹

Constatou Sílvia Faber TORRES que o princípio da subsidiariedade “ressurge como justificativa de um Estado subsidiário em alternativa ao Estado intervencionista”,¹⁶² no que foi seguida por Vania Mara Nascimento GONÇALVES, ao dissertar que “por meio do reforço dessas organizações, abre-se uma oportunidade para mudança do perfil do Estado paternalista para o Estado Subsidiário”. Destarte, ao invés de um Estado que somente age diretamente ou de um Estado neoliberal que renuncia às suas responsabilidades, deve ser dada premência a um novo modelo estatal, Subsidiário, que proteja os direitos sociais financiando e fiscalizando as organizações que o prestem.¹⁶³

Contudo, também são muitos os partidários da corrente oposta, que critica de modo contundente a utilização do princípio da subsidiariedade como norte para uma nova compreensão da dimensão estatal. Neste momento, entretanto, não serão tecidas considerações mais aprofundadas sobre o tema, que será alvo de análise adiante, bastando pinçar, apenas a título de exemplificação, o posicionamento de Emerson GABARDO, que assim pondera:

A reestruturação dos serviços sociais deveria pautar-se por uma visão diferente daquela inerente à mentalidade predominante e atualmente

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 244.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 244-245.

¹⁶² TORRES. *op. cit.*, p. 190.

¹⁶³ GONÇALVES. *op. cit.*, p. 180.

reconhecida pelo Direito brasileiro e que não somente significa um equívoco de princípio [referindo-se à adoção do princípio da subsidiariedade] como promove uma prática eficiente [reportando-se ao princípio da eficiência].¹⁶⁴

Concluída esta sumária exposição acerca do princípio da subsidiariedade, explicitada sua apreensão pelos teóricos gerencialistas como supedâneo para a transferência de atividades estatais aos componentes do “setor público não-estatal” e estabelecida a correlação entre ele e o princípio da eficiência, resta, nesta aproximação, tratar do corolário mais intimamente relacionado à ideia de subsidiariedade, que é justamente a atividade que, após o repasse do serviço ao “terceiro setor”, deve ser levada a cabo pelo Estado a fim de que este não se dispa de suas responsabilidades sociais rumo a uma configuração neoliberal: a atividade de Fomento.

3.1.3. A atividade estatal de fomento

Ao lado do princípio da eficiência, que revolucionou o método de controle interno da Administração Pública (do formal e burocrático controle de procedimentos para o assim considerado eficiente controle de resultados) e do princípio da subsidiariedade, que subsidiou a reformulação da prestação de serviços públicos pelo Estado justificando o repasse de responsabilidades às entidades denominadas – no bojo da Reforma Gerencial – Organizações Sociais, a reforma administrativa inaugurada no governo de FHC deu extremo destaque a uma atividade estatal de suma importância para a sobrevivência do novo modelo interventivo proposto: a atividade de fomento.

Na visão dos gerencialistas, o ultrapassado Estado Social, que antes intervinha diretamente na esfera social prestando serviços, passaria então a assumir contornos de um Estado Regulador, que não mais interviria diretamente, mas sim apenas indiretamente, regulando a prática das atividades que deveriam então ser

¹⁶⁴ GABARDO. *Interesse Público...* op. cit., p. 151.

repassadas a outros entes.¹⁶⁵ Um dos métodos de regulação utilizados pelo Estado nessa nova faceta interventiva é, justamente, a via do fomento.¹⁶⁶

Aqui, ao invés de prestar diretamente o serviço, o Estado estimula outro a fazê-lo, tanto mediante incentivos (estímulos positivos) quanto mediante represálias (estímulos negativos). A atividade estatal do fomento, ao lado de tudo o que já foi visto até aqui, constitui também um dos elementos justificadores da política da publicização, porquanto pode ser compreendida como um modo de descentralização com responsabilidade: o Estado repassa a execução da atividade, mas continua responsável por ela na medida em que tem o dever de regular sua prestação, incentivando aquele que for diretamente fazê-lo.

Nesta óptica, o Estado, financeiramente em eterna escassez, abdica de sua função interventiva direta primando pela sua função regulatória e fiscalizadora, não se despidendo de suas responsabilidades, portanto.¹⁶⁷ Justamente por isso, esquivaram-se os reformistas dos ataques daqueles que os julgavam neoliberais, posto que pregavam a manutenção da responsabilidade estatal na prestação do serviço repassado à organização social: a prestação direta seria feita pela entidade do “terceiro setor”, mas o Estado continuaria responsável por subsidiá-la.

Em um sentido amplo, baseado nos ensinamentos de Héctor Jorge Escola, Sílvio Luís da ROCHA assim define a atividade administrativa de fomento:

[...] ação da Administração com vistas a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos.¹⁶⁸

Sobre esta atividade, escreve Marcos Juruena Villela SOUTO que “o *fomento público* se destina a incentivar que atividades de interesse público sejam desempenhadas por particulares, desafogando a estrutura estatal”.¹⁶⁹ Exatamente

¹⁶⁵ É o que aponta Carlos Antonio Morales: “A tendência futura é que a regulação venha a se tornar central nas relações do Estado com a sociedade” (MORALES. *op. cit.*, p. 83).

¹⁶⁶ “A atividade de fomento visa a alcançar finalidades e objetivos específicos da Administração Pública, porém de uma maneira indireta e mediata, na medida em que os fins não são alcançados por meio de um agir próprio dos órgãos administrativos, mas por intermédio do agir dos particulares que são incentivados a atingir os fins e objetivos da Administração Pública” (ROCHA. *op. cit.*, p. 26-27).

¹⁶⁷ Isso diziam os reformistas. No entanto, numa visão mais realista, aponta Egon Bockmann Moreira que, neste cenário, “a Administração apenas fomenta e controla os particulares que exercem essa categoria de atividades públicas, despojando-se da responsabilidade por sua execução” (MOREIRA. **Organizações Sociais...** *op. cit.*, p. 264-265).

¹⁶⁸ ROCHA. *op. cit.*, p. 24.

¹⁶⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Estímulos positivos**. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 33.

por isso, “é nesse contexto, de parceria e de incentivo ao setor privado que se estuda a função de *fomento*”.¹⁷⁰

Abordando o tema do fomento inserto na temática da emergência da Administração Consensual ¹⁷¹ – no mesmo raciocínio de Diogo de Figueiredo Moreira Neto –, Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA foca-se na questão da transferência de recursos públicos (dinheiro, bens, servidores) a entidades privadas como uma das possíveis técnicas de fomento.¹⁷² A partir desse enfoque, constata o balizamento jurídico a que deverá se submeter a entidade fomentada, analisa os aspectos da parceria entre o Poder Público e a entidade do “terceiro setor” (que serão adiante esmiuçados) e conclui, aduzindo que estamos “diante de uma tentativa de evolução da própria forma de se administrar no setor público estatal. Um novo modelo de gestão de serviços sociais ou de atividades de interesse público foi criado [...]”.¹⁷³

Inserindo o tema do fomento na lógica da reforma administrativa gerencial, nota Sílvia Luís Ferreira da ROCHA que a pretensão dos reformistas foi a de “introduzir uma ‘nova fórmula da gestão de serviços públicos’ [...], em que o Estado não mais prestaria tais serviços e sim os financiaria mediante a outorga de subsídios financeiros a particulares que os prestassem [...]”.¹⁷⁴ No mesmo sentido o escólio de Sílvia Faber TORRES, para quem toda e qualquer atividade de fomento efetuada pela Administração “erige-se sobre o suposto de que existem atuações privadas que satisfazem interesses públicos e que, por isso, devem ser por ela instigadas e subsidiadas”.¹⁷⁵

Ademais, Sílvia da Rocha procede a interessante análise ao relacionar a atividade de fomento ao princípio da subsidiariedade, e, compilando os ensinamentos de Sílvia Faber TORRES,¹⁷⁶ aduz que “o fomento, dentre as

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 17.

¹⁷¹ “[...] integrado com o *Estado contratual*, exsurge o *Estado financiador*, pois atualmente há uma generalizada expectativa no sentido de que a vocação do Estado contemporâneo seja a de configurar agente financiador e fomentador de atividades que tenham por fim gerar a transformação social” (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP**. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 226).

¹⁷² *Idem*.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 255.

¹⁷⁴ ROCHA. *op. cit.*, p. 40.

¹⁷⁵ TORRES. *op. cit.*, p. 165.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 164.

atividades administrativas do Estado, é a que sofre maior influência do princípio da subsidiariedade; constitui-se em um dos instrumentos da subsidiariedade”.¹⁷⁷

Caríssimas, neste ponto, as ponderações de Egon Bockmann MOREIRA:

Nesse cenário de mudanças, o Estado brasileiro tem ampliado cada vez mais as opções de relações integrativas com pessoas jurídicas de Direito Privado. Seja através de subsídios e repasses de verbas públicas, seja mediante estímulo e apoio institucional a iniciativas privadas, a Administração Pública vem implementando novos modos de ver prestigiado o interesse público.¹⁷⁸

Um dos pioneiros a tratar do tema no Brasil, Paulo MODESTO reflete acerca da transformação da postura estatal na prestação de serviços de interesse público, informando que “o aparato público diminui, [...] mas são ampliadas suas responsabilidades, dilatando-se a interferência do Estado tanto na regulação de mercados quanto no plano do fomento a atividades de interesse social”.¹⁷⁹ Na mesma medida, Romeu Felipe BACELLAR FILHO preleciona que, nos termos da reforma gerencial de Bresser Pereira, “o que se tem é um investimento na concepção de um Estado fomentador de atividades em substituição ao caráter de um Estado prestador de serviços públicos, típico dos Estados Sociais”.¹⁸⁰

Veja-se, por oportuno, que o próprio proponente da reforma, Luiz Carlos Bresser Pereira, em texto de autoria conjunta com Nuria Cunill Grau, já assinalou a necessidade de financiamento público às entidades do “terceiro setor” parceiras do Estado, ao dispor:

[...] um ponto da maior importância, sobretudo em relação às Ospnes [organizações de serviço público não-estatais, espécie do gênero das organizações públicas não-estatais – Opnes], é assegurar um fluxo estável de financiamento público e privado, para evitar a pressão pela mercantilização de todas as suas atividades.¹⁸¹

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO,¹⁸² Vania Mara Nascimento GONÇALVES,¹⁸³ Marçal JUSTEN FILHO¹⁸⁴ e Diogo de Figueiredo MOREIRA

¹⁷⁷ ROCHA. *op. cit.*, p. 20.

¹⁷⁸ MOREIRA. **Organizações Sociais...** *op. cit.*, p. 261. Veja-se, ademais, que a própria definição do autor de “terceiro setor” já abarca o aspecto do fomento: “[...] um espaço privado, destinado ao cumprimento de tarefas com índole e finalidade públicas, mediante fomento estatal” (*Ibidem*, p. 264).

¹⁷⁹ MODESTO. **Reforma do Estado...** *op. cit.*, p. 469.

¹⁸⁰ BACELLAR FILHO. **Reflexões...** *op. cit.*, p. 252.

¹⁸¹ BRESSER PEREIRA. **Entre o Estatal...** *op. cit.*, p. 41.

¹⁸² DI PIETRO. **Parcerias...** *op. cit.*, p. 37-39; e DI PIETRO. **Direito Administrativo...** *op. cit.*, p. 490.

¹⁸³ GONÇALVES. *op. cit.*, p. 178-180.

¹⁸⁴ JUSTEN FILHO. **Curso...** *op. cit.*, p. 205.

NETO¹⁸⁵ são apenas alguns dos muitos outros juristas que abordam a transformação do papel do Estado na prestação de serviços à população dando amplo destaque à atividade de fomento, tamanha sua importância para o delineamento da feição que assume este novo modelo estatal.

Conclui-se, ante o exposto, que no âmbito da reforma gerencial a atividade de fomento – em todas as suas nuances – constitui a principal função do novo Estado Regulador, que passa a deixar de prestar diretamente aqueles serviços de interesse público que, na óptica dos reformistas, são mais eficientemente prestados por entes “públicos não-estatais”.¹⁸⁶ O Estado, sem prejuízo das outras instâncias (âmbito interno, Tribunais de Conta, sociedade), passa a realizar o controle finalístico sobre os resultados alcançados pela entidade prestadora do serviço, a fim de que se adéqüem ao máximo ao ajuste prévio que acompanhou o repasse de verbas (fomento + controle). Não se despe o ente estatal, portanto, de sua responsabilidade social, porquanto ao fomentar e controlar uma entidade prestadora de determinado serviço o Estado continua responsável indiretamente pela qualidade e eficiência de sua prestação (fomento + responsabilidade).¹⁸⁷

Na prática, entretanto, não raro o Estado de fato “lava suas mãos” após o repasse da execução de determinada atividade, o que ocorre não somente nos casos de “publicização” para entidades do “terceiro setor”, mas em várias das outras hipóteses de privatização (tomada a expressão em seu sentido amplo), a exemplo dos casos de concessão de serviço público, em que a Administração-concedente transfere a execução do serviço e – ao menos pretende – a total responsabilidade por sua prestação ao particular-concessionário. Todavia, como já dito, não se pretende aqui emitir juízo de valor pessoal acerca dos posicionamentos adotados pelos gerencialistas a partir de 1995, cabendo apenas informar, em linhas gerais, quais suas principais pregações.

¹⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 192-193; 277-278.

¹⁸⁶ Vide, neste sentido, para aprofundamento acerca das espécies de fomento ao “terceiro setor”: SOUTO. *op. cit.*, p. 15-38; e DIAS. *op. cit.*, p. 269-349.

¹⁸⁷ É o que se verifica em Carlos Antonio Morales: “Por seu lado, o Estado, por intermédio do financiamento e do controle dos resultados dos serviços prestados pelas organizações públicas, estaria se comprometendo com a garantia dos direitos sociais [...]” (MORALES. *op. cit.*, p. 74). Prossegue o autor, tendo em mente a função reguladora e fomentadora do Estado, afirmando que “[...] o processo de descentralização só pode ser responsabilidade do próprio Estado” (*Ibidem*, p. 81), e que deve ser aplicado o princípio da co-responsabilidade, responsabilizando-se a entidade pública não-estatal pela aplicação correta dos recursos públicos repassados, e o Estado, “na medida em que fornece recursos financeiros, [...] deve impor limites e regras para o uso dos recursos públicos pelas organizações públicas” (*Ibidem*, p. 82).

Nessa linha, desfecha-se com a profecia de BRESSER PEREIRA e Nuria Cunill GRAU:

O reconhecimento da relevância do setor público não-estatal na produção de bens públicos não pode, no entanto, conduzir à negação do aporte do Estado para seu sustento. A transformação de serviços sociais estatais em públicos não-estatais não significa que o Estado deixe de ser responsável por eles. Pelo contrário, todas as evidências apontam para a conclusão de que o financiamento público estatal será cada vez mais necessário.¹⁸⁸

3.1.4. Síntese prospectiva: o “Terceiro Setor” na reforma gerencial

Nos itens anteriores, pretendeu-se abordar de modo bastante ligeiro os elementos principais que caracterizam a concepção gerencial das relações entre o Estado – público estatal –, de um lado, e a sociedade civil organizada (“terceiro setor”) – público não-estatal –, de outro.

Daí se deve ter notado que, na gênese das parcerias intentadas entre o Estado e o “terceiro setor”, duas idéias específicas foram concebidas pelos reformadores para constituir seu arcabouço lógico: a da eficiência e a da subsidiariedade. Destas duas derivam, em maior ou menor grau, todas as outras.

Primo, constatando-se uma suposta ineficiência da Administração Burocrática (decorrente, em primeiro lugar, do próprio modelo estatal social-interventor), propunha-se como solução a reforma do aparelho do Estado, devendo a Administração Burocrática ser substituída pela Administração Gerencial. Neste passo, a própria dimensão interventiva do Estado seria profundamente transformada com vistas à eficiência; e a principal medida a ser tomada para essa transformação é exatamente a adoção do programa que se denominou “Publicização”: com vistas à eficiência, todos os serviços (públicos) considerados não-exclusivos do Estado deveriam ser repassados às entidades do “terceiro setor”, que então receberiam qualificação especial para prestá-los.

Em segundo lugar, esse projeto de publicização encontrava fundamento filosófico no princípio da subsidiariedade: oriundo da Doutrina Social da Igreja, tal princípio prevê que, sempre que possível, as atividades que puderem ser desenvolvidas pelo ente local, de menor proporção, deverão ser a estes repassadas,

¹⁸⁸ BRESSER PEREIRA; GRAU. *op. cit.*, p. 34.

em detrimento da prestação feita pelo ente global, de maiores proporções (*in casu*, o Estado).

Perfeitamente conciliáveis as duas idéias: aliando a subsidiariedade à eficiência, os gerencialistas encontraram sólida fundamentação para seus ideais, apenas tendo que partir da premissa – não comprovada – de que a Administração Burocrática que administrava o Estado Social era ineficiente e precisava ser reformada.¹⁸⁹

Como corolário da noção de eficiência e de subsidiariedade, vários outros pontos nodais da reforma gerencial aparecem: o controle finalístico de resultados, em substituição ao burocrático controle formal de procedimentos; a ampliação da participação popular, consubstanciada no controle social mais amplo e direto; e, por fim, o importantíssimo aspecto da mudança do papel do Estado na prestação de serviços sociais, subsumido no absoluto destaque à atividade estatal de fomento.¹⁹⁰

Tratando do tema, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO entende que, na proposta gerencial,

objetiva-se a 'reforma do Estado', com vistas a fazer reverter os males instaurados pelo Estado intervencionista: de um lado, visto do lado do cidadão, quer-se restaurar e prestigiar a liberdade individual e a livre concorrência; isso leva às idéias de **privatização, fomento, parceria** com o setor privado; visto do lado do Estado, quer-se alcançar a eficiência na prestação dos serviços públicos, o que leva à ideia de **desburocratização**.¹⁹¹

E, adiante, remata:

[...] a parceria serve ao objetivo de **diminuição do tamanho do aparelhamento do Estado**, na medida em que delega ao setor privado algumas atividades que hoje são desempenhadas pela Administração [...]; serve também ao objetivo de **fomento** à iniciativa privada, quando seja deficiente, de modo a ajudá-la no desempenho de atividades de interesse público; e serve ao objetivo de **eficiência**, porque introduz, ao lado da forma

¹⁸⁹ Como reflete Sílvio Luís Ferreira da Rocha: "os argumentos que justificam essa redefinição das atividades do Estado são financeiros, jurídicos e políticos e partem da premissa, não comprovada por nenhuma experiência histórica recente, de que haverá, ao final do processo, uma melhoria da capacidade do Estado de atender as demandas sociais". (ROCHA. *op. cit.*, p. 38).

¹⁹⁰ Giddens estabelece da relação: "A reforma do Estado e do governo deveria ser um princípio orientador básico da política da terceira via – um processo de aprofundamento e ampliação da democracia. O governo pode agir em parceria com instituições da sociedade civil para fomentar a renovação e o desenvolvimento da comunidade". (GIDDENS. *op. cit.*, p. 79). E prossegue: "Os neoliberais querem encolher o Estado; os social-democratas, historicamente, têm sido ávidos por expandi-lo. A terceira via afirma que o que é necessário é reconstruí-lo" (*Ibidem*, p. 80). Cumpre retomar, em Giddens, o conceito de "terceira via": "Vou supor que 'terceira via' se refere a uma estrutura de pensamento e de prática política que visa a adaptar a social-democracia a um mundo que se transformou fundamentalmente ao longo das duas ou três últimas décadas. É uma terceira via no sentido de que é uma tentativa de transcender tanto a social-democracia do velho estilo quanto o neoliberalismo" (*Ibidem*, p. 36).

¹⁹¹ DI PIETRO. **Parcerias...** *op. cit.*, p. 39.

tradicional de atuação da Administração Pública burocrática, outros procedimentos que, pelo menos teoricamente (segundo os idealizadores da Reforma), seriam mais adequados a esse fim de eficiência.¹⁹²

Interessante, por fim, anotar com brevidade e em linhas gerais o que pensa sobre o assunto Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO. O autor inscreve o tema ora abordado no que ele convencionou chamar de “descentralização social”,¹⁹³ fenômeno que faz surgir no cenário estatal as “entidades de colaboração”,¹⁹⁴ pessoas jurídicas de direito privado alheias à estrutura estatal, mas que com o Poder Público firmam parcerias das mais diversas naturezas, sempre com vistas ao atendimento de determinada atividade de interesse público. Tratando do fenômeno da descentralização social, o autor aduz, no que toca às parceiras privadas do Estado, que tais entidades são “*entidades de colaboração*, atuando no setor público sob vínculo administrativo de *reconhecimento*, podendo receber atribuições, pessoal ou recursos do Poder Público para a execução de *atividades de interesse público* [...]”.¹⁹⁵ Para o autor,

Os modelos de *colaboração* entre entidades privadas e Estado tendem a se multiplicar, tanto em razão do avanço da *consensualidade*, abrindo alternativas mais flexíveis às formas tradicionais de administração pública impositiva, como por motivo do desenvolvimento do conceito do *espaço público não-estatal*, o que tem possibilitado a ação coordenada das chamadas *entidades intermédias*, bem como o surgimento de novos *instrumentos de provocação social de controle*, ampliando-se, nesse processo político, um *continuum* de ações convergentes entre a Sociedade e o Estado, com o consequente progresso da *legitimidade*.¹⁹⁶

Daí se percebe o claro posicionamento otimista do autor no que concerne à proposta gerencial de “publicização”, que pretende dar relevância ao campo de atuação das entidades públicas não-estatais, visto que tal medida revela uma das

¹⁹² *Ibidem*, p. 41.

¹⁹³ Nas palavras do autor, a descentralização social “consiste em aliviar do Estado a execução direta ou indireta de atividades de relevância coletiva que possam ser convenientemente cometidas por credenciamentos ou reconhecimentos a unidades sociais personalizadas [...] mediante simples incremento de autoridade e institucionalização jurídica adequada [...]”. (MOREIRA NETO. *Curso... op. cit.*, p. 123).

¹⁹⁴ O autor situa tais entidades de colaboração no campo da “Administração Associada”, setor da estrutura administrativa em que atuam as pessoas jurídicas de direito privado não componentes da estrutura estatal, mas que se aliam ao Poder Público visando ao interesse público, de alguma forma. Dentro da Administração Associada, o autor distingue a Administração Paraestatal – composta em destaque pelos Serviços Sociais Autônomos – e a Administração Extra-estatal. Dentro da Administração Extra-estatal é que se fazem presentes dos Entes Associados por Colaboração: aqui se situam as entidades do “terceiro setor” que firmam parcerias com o Estado, como as OS e as OSCIP, adiante tratadas. (*Ibidem*. p. 266-281).

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 123.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 33.

mais importantes – senão a mais importante – faceta que assume hoje o fenômeno da Administração Consensual, acima abordado.

Por conta das teorizações de Bresser Pereira e dos que o seguiram, o tema do “Terceiro Setor” no país deixou de ser visto simplesmente em seu viés “privatístico”, como sempre o foi (eis que classicamente tratado apenas como setor intermediário entre o Estado e o mercado). Nesta medida, passou a ser destacado sobremaneira uma espécie de viés “publicístico” das entidades “públicas não-estatais”, sentido este que talvez seja o mais importante que assume a expressão hodiernamente, indo além das meras titulações outorgadas pelo Poder Público (utilidade pública, entidade filantrópica, etc.) para englobar o importantíssimo tema das Parcerias travadas com o Estado, tema este que, no Brasil, somente passou a ser tratado com afinco a partir de 1995.¹⁹⁷

Tamanha a revolução que a reforma gerencial provocou no país na temática do “terceiro setor” que, de uns anos para cá, alguns juristas têm defendido inclusive o imperativo de se cindir um novo ramo autônomo do Direito: o Direito do Terceiro Setor.¹⁹⁸

É assim que se despede da análise do “Terceiro Setor” na lógica da reforma gerencial que o introduziu no país como parceiro do Estado, adentrando com brevidade na análise das espécies mais relevantes de parceria entre o “Terceiro Setor” e a Administração Pública: o contrato de gestão com as Organizações Sociais (OS) e o termo de parceria com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).¹⁹⁹

3.2. As Parcerias entre a Administração Pública e o “Terceiro Setor”

O programa de “Publicização”, concebido no bojo da Reforma Gerencial iniciada no Brasil em 1995, foi, como já assentado, o principal plano gerencialista

¹⁹⁷ Nessa senda, pioneiras as considerações de Paulo MODESTO sobre o tema (MODESTO, Paulo. **Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil**. In: Revista de Direito Administrativo, nº 214, out./nov./dez 1998. p. 55-68).

¹⁹⁸ Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito do Terceiro Setor**. In: Revista de Direito do Terceiro Setor, nº 1, jan./fev./mar. 2007. p. 11-38.

¹⁹⁹ Antes, no entanto, serão feitas algumas breves considerações no que tange aos denominados Serviços Sociais Autônomos (“Sistema S”), visto que tais entidades serviram de modelo à criação das OS.

para redimensionar o espectro de atuação estatal no setor dos serviços públicos sociais.²⁰⁰

Como visto, após seccionar as áreas de atuação do Estado em quatro partes, relacionando-as com os tipos de propriedade mais adequados para seu eficiente gerenciamento, os estrategistas, liderados por Luis Carlos Bresser Pereira, propuseram, para cada área, uma reforma do aparelho estatal que a administraria.

Em destaque, as duas principais estratégias foram concebidas para os campos dos serviços exclusivos e dos serviços não-exclusivos: no primeiro, a criação das Agências Executivas, entidades autárquicas especiais que, após celebrar contrato de gestão com o Poder Público, obteriam autonomia e responsabilidade para gerir determinado serviço; no segundo, o multicitado programa de Publicização, prevendo o repasse da execução dos serviços não-exclusivos ao campo “público não-estatal”, a ser ocupado pelas assim denominadas “Organizações Sociais”.

Em linhas gerais, é esse o panorama que serve de pano de fundo às parcerias que passou a firmar a Administração Pública com as entidades do “Terceiro Setor”: o advento da reforma gerencial e uma de suas principais estratégias, justamente a da publicização.

É certo que, anteriormente à reforma, havia já certa dose de “comunhão” entre os componentes do “terceiro setor” e o Estado na medida em que, como já assinalado, a emissão de certificados por parte do Poder Público a tais entidades, para fins de concessão de benefícios – notadamente fiscais – existe desde muito, remontando ao clássico título de Utilidade Pública e ao hoje extinto título de Entidade de Fins Filantrópicos (substituído pelo certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social). Entretanto, tal relacionamento não pode ser enquadrado exatamente como parceria, ajuste, “vínculo contratual”, haja vista que apenas constitui uma qualificação ensejadora de benefícios à entidade, não dizendo respeito propriamente a um ato negocial.

É também cediço que previamente à instauração da reforma as entidades – notadamente aquelas qualificadas como de Utilidade Pública – já firmavam com o poder público qualificador *convênios* da mais variada espécie e com as mais

²⁰⁰ Confirma tal assertiva o próprio autor da proposta reformista: “Na Reforma Gerencial em curso no Estado brasileiro, a instituição que provavelmente terá maior repercussão é a das organizações sociais” (BRESEER PEREIRA. **Reforma do Estado...** *op. cit.*, p. 235).

variadas finalidades. Contudo, na mesma linha, é possível firmar desde já uma importante dessemelhança, haja vista que o *iter*, o arquétipo de tais convênios não se constitui da mesma forma que as parcerias firmadas entre a Administração e as organizações sociais, sendo as finalidades de cada ajuste bastante diversas.

Pode-se inferir, ainda que com certa cautela, que uma espécie concreta e inovadora de vínculo negocial entre o Estado e o “Terceiro Setor” surgiu de fato no Brasil somente com o advento das propostas gerenciais do governo FHC, porquanto a importância do título de Organização Social, como se verá, não se esgota no momento de sua concessão pelo Poder Público, indo muito além para englobar também o futuro Contrato de Gestão que entre si celebrarão a entidade qualificada como Organização Social e o Poder Público.

Apesar disso, a relevância do tema não se esgota nas Organizações Sociais (OS), entidades cuja criação (*rectius*, institucionalização) foi prevista pela reforma, indo além para abranger também o título posteriormente criado (e, talvez por ironia, muito mais difundido) das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

A abordagem destas duas entidades – OS e OSCIP – constituirá o objeto da análise a seguir, posto que ambas concretizam tudo o que se disse até aqui no que diz respeito à lógica das parcerias entre o Estado e o “terceiro setor”. Entretanto, cumpre, antes de tudo, tecer rápidas considerações acerca dos chamados Serviços Sociais Autônomos, eis que, como entidades paraestatais que são, serviram de molde para a criação das Organizações Sociais – e, por consequência, também das OSCIP.

3.2.1. Os Serviços Sociais Autônomos

Os chamados serviços sociais autônomos são, no entender de Hely Lopes MEIRELLES, entes de cooperação, e, como tal, verdadeiras entidades paraestatais: pessoas jurídicas de direito privado atuando paralelamente ao Estado, ao lado deste, desempenhando atividades de interesse público.²⁰¹ Para o autor, as entidades que o compõem, “embora oficializadas pelo Estado, não integram a

²⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 385-386.

Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos”.²⁰²

Por conta disso, para o autor, os serviços sociais autônomos:

[...] vicejam ao lado do Estado e sob seu amparo, mas sem subordinação hierárquica a qualquer autoridade pública, ficando apenas *vinculados* ao órgão estatal mais relacionado com suas atividades, para fins de controle finalístico e prestação de contas dos dinheiros públicos recebidos para sua manutenção.²⁰³

De modo um pouco diverso, para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO os serviços sociais autônomos, embora façam parte do que o autor denomina Administração Associada Paraestatal, não constituem entes de cooperação, porquanto estes, na visão do autor, correspondem aos entes internos da própria administração, o que não é o caso dos SSA. Assim é que, para o autor, os serviços sociais autônomos são também entes paraestatais, prestadores de serviços de interesse público, não se incluindo, todavia, na organização da administração indireta, embora sujeitos à fiscalização estatal.²⁰⁴

Também para Marçal JUSTEN FILHO os serviços sociais autônomos são considerados entidades paraestatais; na realidade, para o autor as expressões são sinônimas, o que se denota a partir de sua definição de entidades paraestatais:

Entidade paraestatal ou serviço social autônomo é uma pessoa jurídica de direito privado criada por lei para, atuando sem submissão à Administração Pública, promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certas atividades ou categorias profissionais, que arcam com sua manutenção mediante contribuições compulsórias.²⁰⁵

Interessante, nesse prisma, o entendimento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, que, após mencionar os sentidos em que a doutrina costuma tomar a expressão “entidade paraestatal”, assenta o seguinte:

Nesse mesmo sentido de entidades paralelas ao Estado, podem ser incluídas, hoje, além dos **serviços sociais autônomos**, também as **entidades de apoio** [...], as chamadas **organizações sociais** e as **organizações da sociedade civil de interesse público**. Na realidade,

²⁰² *Idem.*

²⁰³ *Idem.*

²⁰⁴ MOREIRA NETO. *Curso...* op. cit., p. 267.

²⁰⁵ JUSTEN FILHO. *Curso...* op. cit., p. 201.

todas essas entidades poderiam ser incluídas no conceito de serviços sociais autônomos[...].²⁰⁶

Concorda-se, com humildade e seguindo a postura de Tarso Cabral VIOLIN,²⁰⁷ com a autora supracitada, haja vista que também no escólio de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO – que critica a “indevida classificação” da versão original e não atualizada de Hely Lopes Meirelles, para quem, além dos SSA, as empresas públicas e sociedades de economia mista também eram entidades paraestatais²⁰⁸ – a expressão “entidade paraestatal” é tomada em seu sentido amplo; senão veja-se:

Para nós, a expressão calha bem para designar sujeitos não-estatais, isto é, de direito privado, que, em paralelismo com o Estado, desempenham cometimentos que este poderia desempenhar por se encontrarem no âmbito de interesses seus, mas não exclusivamente seus. Caracterizam-se pelo fato de que o Poder Público enfaticamente os assume como colaboradores emprestando-lhes o significativo amparo de colocar a seu serviço o poder de império de que dispõe *ao instituir tributo em favor deles*, como ocorre justamente com os chamados serviços sociais autônomos[...].²⁰⁹

Aprofundando o tema dos entes paraestatais, e focando a análise nos serviços sociais autônomos, pondera DI PIETRO no que tange a estes últimos:

Essas entidades não prestam **serviço público** delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público (serviços não exclusivos do Estado); exatamente por isso, são incentivadas pelo Poder Público. A atuação estatal, no caso, é de **fomento** e não de prestação de serviço público [...]. Não se trata de atividade que incumbisse ao Estado, como serviço público, e que ele transferisse para outra pessoa jurídica, por meio do instrumento da descentralização. Trata-se, isto sim, de atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar.²¹⁰

Em reflexão centrada no tema ora exposto, Leila CUÉLLAR, acompanhando os ensinamentos de Fernando Facury SCAFF,²¹¹ procede a uma importantíssima distinção na categoria dos Serviços Sociais Autônomos, verificando que há, dentro

²⁰⁶ DI PIETRO. **Direito Administrativo...** *op. cit.*, p. 489.

²⁰⁷ VIOLIN. **Terceiro Setor...** *op. cit.*, p. 193-194.

²⁰⁸ Tal postura foi reformulada pelos atualizadores da obra, que excluíram as empresas públicas e sociedades de economia mista do rol das entidades paraestatais.

²⁰⁹ BANDEIRA DE MELLO. **Curso...** *op. cit.*, p. 159.

²¹⁰ DI PIETRO. **Direito Administrativo...** *op. cit.*, p. 492. Noutra oportunidade, a autora aponta que “a característica principal desse tipo de prestação de atividade de interesse público é justamente a **colaboração** com o poder público. É uma atividade **paralela** ao Estado, ou seja, uma atividade **paraestatal**” (DI PIETRO. **Parcerias...** *op. cit.*, p. 275).

²¹¹ SCAFF, Fernando Facury. **Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado.** *In:* Revista de Direito Administrativo nº 224. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 66-90.

do gênero “serviços sociais autônomos”, duas vertentes diversas, residindo o critério distintivo entre ambas na origem dos recursos utilizados pela entidade.²¹²

Destarte, pode-se distinguir uma “espécie tradicional” de serviço social autônomo, exemplificado pelas entidades do assim chamado “Sistema S” (SESI, SENAI, SESC, SENAC), e uma espécie outra, exemplificada pela Associação das Pioneiras Sociais. As definições de serviço social autônomo apresentados acima, situando-o no campo da Administração Paraestatal, enquadram-se nos moldes do tipo “clássico” de Serviço Social Autônomo (Sistema S), visto que tais entidades verdadeiramente atuam *ao lado* do Estado, *paralelamente* a este, com receita proveniente de contribuições parafiscais instituídas pelo Poder Público. Ressalte-se, por oportuno, que as leis que deram origem a tais entidades “[...] não as criaram diretamente, nem autorizaram o Poder Executivo a fazê-lo”, mas sim “atribuíram às Confederações Nacionais [das categorias profissionais pertinentes] o encargo de fazê-lo”.²¹³

De outra banda, no que concerne aos Serviços Sociais Autônomos do “segundo tipo”, cumpre anotar que possuem apenas o rótulo de serviços sociais autônomos, enquadrando-se, muito mais, como verdadeiras Organizações Sociais. Não é à toa que o exemplo principal das entidades que compõem esse “serviço social autônomo de fachada”, a Associação das Pioneiras Sociais, constitui o modelo em que se inspiraram os reformistas para estruturar as Organizações Sociais no programa de publicização. Neste segundo tipo de SSA, a nova entidade não atua paralelamente ao Estado, como deveria fazê-lo, atuando, ao revés, *substituindo* o Estado, que extingue uma entidade pública componente da Administração Indireta e repassa a prestação do serviço para o recém-criado “serviço social autônomo”.

Para clarear a distinção ora exposta, mister trazer à baila as conclusões a que chega, em seu artigo, Leila CUÉLLAR:

[...] nas entidades do Sistema ‘S’, a autonomia é muito mais acentuada, uma vez que seus recursos têm origem distinta da orçamentária; já no caso das entidades do segundo modelo, existe um rótulo de ‘serviço social autônomo’, mas não há autonomia frente ao orçamento público.²¹⁴

²¹² CUÉLLAR. *op. cit.*, p. 290-291.

²¹³ *Idem.*

²¹⁴ *Ibidem*, p. 294-295. No mesmo sentido, Fernando Facury Scaff: “Parece-me que são dois tipos distintos, que se utilizam da mesma nomenclatura [...]. No primeiro caso há efetivamente um sentido de *colaboração* entre o Poder Público e a iniciativa privada, que gere recursos que lhe foram atribuídos pelo Estado no uso da

Isto porque, prossegue a autora,

[...] o primeiro modelo de serviços sociais autônomos corresponde àqueles aos quais foi atribuída capacidade tributária para arrecadar e gerir contribuições sociais [...]. O segundo modelo, por sua vez, tem como característica fundamental sua subsistência derivada de repasses governamentais.²¹⁵

De tudo o que restou exposto, pode-se concluir que, se entre os serviços sociais autônomos “do primeiro tipo” (sistema S) e as Organizações Sociais – adiante abordadas – a semelhança reside apenas no caráter paraestatal de sua atuação, entre as Organizações Sociais e os serviços sociais autônomos “do segundo tipo” a relação é quase que de identidade, tanto que o modelo daquelas buscou inspiração no exemplo da Associação das Pioneiras Sociais.²¹⁶

De fato, este serviço social autônomo em específico surgiu de modo bastante semelhante com o que ocorreu posteriormente em relação às Organizações Sociais. DI PIETRO aponta que, “com sua instituição, foi autorizada, na mesma lei [lei nº 8.246/1991], a extinção da Fundação das Pioneiras Sociais, que era uma fundação de direito privado instituída pelo Governo Federal”.²¹⁷ Sob outro viés, parece a Associação das Pioneiras Sociais um órgão da Administração Indireta, por possuir várias características atinentes a tais entidades.²¹⁸ Não sendo serviço social autônomo nem órgão da Administração Indireta, a Associação das Pioneiras Sociais utiliza-se do primeiro nome apenas como fachada. Como notou propriamente Di Pietro, tal entidade só não é qualificada como Organização Social por um mero detalhe temporal (sua constituição se deu pré-reforma gerencial), mas tamanha é sua similitude a estas entidades que sua estrutura influenciou sobremaneira os reformistas quando da concepção da estrutura das OS.²¹⁹

capacidade tributária. No segundo caso há uma *contrafação*, um *simulacro de descentralização*, pois é o próprio Poder Público que extingue um de seus entes, atribuindo a outro ente, também por ele próprio criado, a função ou atividade anteriormente delegada ao órgão extinto” (SCAFF. *op. cit.*, p. 287).

²¹⁵ *Idem.*

²¹⁶ Tal entendimento é compartilhado por Maria Sílvia Zanella Di Pietro: “segundo tudo indica, o que serviu de inspiração para o projeto das organizações sociais foram os chamados Serviços Sociais Autônomos (Sesi, Sesc, Senai e outros) e, mais proximamente, o Serviço Social Autônomo ‘Associação das Pioneiras Sociais’” (DI PIETRO. **Parcerias...** *op. cit.*, p. 273). Isto porque, no caso dos serviços sociais autônomos ditos do primeiro tipo, “surge uma entidade paraestatal, que vai funcionar paralelamente ao Estado; no caso das organizações sociais, há uma substituição de uma entidade pública, que vai desaparecer, por uma entidade privada (dita ‘**pública não-estatal**’)” (*Ibidem*, p. 276).

²¹⁷ DI PIETRO. **Parcerias...** *op. cit.*, p. 277.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 278.

²¹⁹ *Idem.*

A abordagem dos Serviços Sociais Autônomos, portanto, constitui certamente um aspecto fundamental para a compreensão da “paraestatalidade”, fenômeno que contribuiu em muito para a concepção da figura das OS. Não foi senão por isso, afinal, que tais entidades foram tomadas como molde para a estruturação das Organizações Sociais, estas sim concebidas no bojo da reforma gerencial. Diante disso, cumpre frisar que ainda que os serviços sociais autônomos não façam parte propriamente do tema das parcerias entre Estado e “terceiro setor” *na lógica gerencial*, certamente o estudo de tais entidades interessa em muito a título de premissa para a compreensão das parcerias que, de fato, foram concebidas pelos reformistas.

3.2.2. Organizações Sociais (OS) e Contrato de Gestão

O tema das “organizações sociais” constitui certamente um dos elementos nucleares da presente pesquisa. Isto porque, como já firmado, tais entidades foram idealizadas pelos gerencialistas, no seu projeto de “publicização”, como as parceiras por excelência do Estado na execução dos serviços assim considerados não-exclusivos (em destaque, os serviços sociais). Propunha-se, neste prisma, que o Estado se afastasse da prestação direta de tais serviços, repassando a responsabilidade para entidades novas, de qualificação especial, criadas com a finalidade específica de substituir a atuação do órgão estatal prestador do serviço. Tudo com base na subsidiariedade e na eficiência.

A tais entidades, criadas para substituir a atuação estatal direta – que passaria, a partir de então, a resumir-se na atividade de regulação e fomento – mediante “parceria” com o Poder Público, os gerencialistas denominaram “Organizações Sociais”, componentes do “terceiro setor” e alheias à estrutura administrativa, mas parceiras do Poder Público na prestação de serviços (de relevância/interesse) públicos.²²⁰⁻²²¹

²²⁰ A expressão “parceria” é utilizada aqui em seu sentido lato, e não no sentido estrito da expressão “termo de parceria”, específica para o caso das OSCIP, adiante tratado.

²²¹ Neste passo, importa consignar que discordamos, com todo o respeito e humildade, do escólio de Eduardo Szazi, que preleciona: “[...] como as denominadas ‘organizações sociais’ reconhecidas pelo governo federal são originárias da ‘transformação’ de fundações públicas, quer nos parecer que a nova modalidade destina-se apenas a flexibilizar o fluxo de recursos no próprio aparato estatal, não estando acessível às entidades que compõem o Terceiro Setor” (SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor: regulação no Brasil**. São Paulo: Peirópolis, 2006. p. 109). Não se compartilha desta visão por se entender, com apoio na absoluta maioria da doutrina

É na figura das organizações sociais, enfim, que todas as reflexões até aqui efetuadas – notadamente no que tange à Reforma Gerencial e seus corolários: publicização, eficiência, subsidiariedade e fomento – encontram sua realização mais plena em matéria de concretude. Tudo o que até aqui era “apenas” pressuposto teórico ou idealismo reformista torna-se, com a análise das organizações sociais, concreto, de modo que desde já se deve pedir desculpas ao acaso de se ter de repetir – se o for, sê-lo-á bastante brevemente – alguma conclusão a que já se chegou previamente.

Com relação às Organizações Sociais, inscritas no projeto gerencial da publicização, foi publicado especificamente o Caderno do MARE sobre a reforma do Estado nº 2, desvelando as dúvidas dos administradores (e, em sentido lato, dos cidadãos em geral) sobre o novo modelo de prestação de serviços não-exclusivos proposto.

Constatando-se a crise do Estado Social, em decorrência, dentre outros motivos, da ineficiência do seu aparato administrativo, a reforma proposta visava à redefinição de seu papel como interventor direto na prestação de serviços à população. No campo dos serviços não-exclusivos, o projeto de publicização previa o direcionamento de sua prestação pelo “público não-estatal”: o Estado deixa de executar ou prestar diretamente o serviço, repassando-o para organizações privadas, sem fins lucrativos, a serem criadas com finalidade específica, mediante subsídio estatal (fomento). Tais entidades, como já está óbvio, são justamente as Organizações Sociais.²²²

Após as teorizações acerca das OS, sobreveio a lei nº 9.637, de 1998 (governo FHC), a qual de fato instituiu, em âmbito federal, as Organizações Sociais, de braços dados com a criação do PNP (programa nacional de publicização) pela mesma lei. É com base neste diploma legislativo, somado às ponderações doutrinárias, que será resumido o quadro das OS no país.

administrativista, o contrário: a figura das Organizações Sociais pretende *justamente* transferir a execução de serviços sociais não-exclusivos às entidades componentes do “terceiro setor” (setor público não-estatal); afinal, era exatamente esta a proposta dos reformistas (Bresser) para a reformulação do papel do Estado na prestação desta espécie de serviços (programa de publicização).

²²² Constava do Caderno do MARE sobre a reforma do Estado nº 2: “O Projeto Organizações Sociais, no âmbito do Programa Nacional de Publicização (PNP), tem como objetivo permitir a publicização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, baseado no pressuposto de que esses serviços ganharão em qualidade [...]” (BRASIL. **Caderno MARE...** *op. cit.*, p. 13).

3.2.2.1. Denominação e Qualificação

Uma definição aproximada de OS consta justamente do documento acima referido, o Caderno do MARE sobre a reforma do Estado nº 2, onde assim se firmou:

Organizações Sociais (OS) são um modelo de organização pública não-estatal destinado a absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica. Trata-se de uma forma de propriedade pública não-estatal, constituída pelas associações civis sem fins lucrativos, que não propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público.

As OS são um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade. O Estado continuará a fomentar as atividades publicizadas e exercerá sobre elas um controle estratégico: demandará resultados necessários ao atingimento dos objetivos das políticas públicas. O contrato de gestão é o instrumento que regulará as ações das OS.²²³

Apresentando sua proposta no particular das Organizações Sociais, pontuava Luiz Carlos BRESSER PEREIRA:

A transformação dos serviços não-exclusivos de Estado em propriedade pública não-estatal e sua declaração como organização social será feita com um 'programa de publicização', que não deve ser confundido com o programa de privatização, na medida em que as novas entidades conservarão seu caráter público e seu financiamento pelo Estado. O processo de publicização deverá assegurar o caráter público mas de direito privado da nova entidade, assegurando-lhes, assim, uma autonomia administrativa e financeira maior. Para isto será necessário extinguir as atuais entidades e substituí-las por fundações públicas de direito privado, criadas por pessoas físicas.²²⁴

Noutra oportunidade, o mesmo autor refletiu que o crescimento das entidades públicas não-estatais decorre da melhor qualidade e eficiência na prestação de serviços não-exclusivos, derivada da maior flexibilidade de sua gestão em comparação à burocrática administração central.²²⁵ Nesta medida, a política da publicização só faria sentido caso o repasse da execução às entidades públicas não-estatais (organizações sociais) implicasse concretamente o aumento da eficiência e da qualidade do serviço prestado.²²⁶ A seguir, pontua o autor que

²²³ *Idem*. Adiante, o mesmo documento profetizava: "A implantação das Organizações Sociais ensejará verdadeira revolução na gestão da prestação de serviços na área social. A disseminação do formato proposto – entidades públicas não-estatais – concorrerá para um novo modelo, onde o Estado tenderá à redução de sua dimensão enquanto máquina administrativa, alcançando, entretanto, maior eficácia na sua atuação" (*Ibidem*, p. 15).

²²⁴ BRESSER PEREIRA. **Crise econômica...** *op. cit.*, p. 286.

²²⁵ BRESSER PEREIRA. **Reforma do Estado...** *op. cit.*, p. 240.

²²⁶ *Ibidem*, p. 241.

a absorção das atividades de uma entidade [estatal] por uma organização social dá mais segurança [...] porque ela se torna legítima perante a sociedade à medida que passa a atender os cidadãos-clientes com qualidade e eficiência.²²⁷

Ainda imersos no pensamento do autor, impera, por fim, reproduzir um excerto de sua multicitada produção bibliográfica:

A transformação dos serviços não-exclusivos de Estado em propriedade pública não-estatal e sua declaração como organização social se faz mediante um programa de ‘publicização’, que constitui uma alternativa ao estatismo [...] e a privatização [...]. As novas entidades conservarão seu caráter público e seu financiamento pelo Estado. O processo de publicização assegura o caráter público mas de direito privado da nova entidade, leva a uma maior autonomia administrativa e garante o fornecimento de recursos orçamentários.²²⁸

Sob outro viés, são vários os doutrinadores nacionais que, alheios à implementação do processo reformador (ao contrário de Bresser, que foi seu principal teórico no país), trataram do tema das Organizações Sociais, quer de forma imparcial (apenas pincelando as características dessas entidades e seus vínculos com o Estado), quer integralmente engajados em um ou outro lado (ora defendendo com afinco, ora criticando destrutivamente as opções dos gerencialistas).²²⁹ Dentre estes posicionamentos, alguns merecerão aqui especial destaque, quer pelo pioneirismo de sua explicitação, quer pela absoluta impossibilidade de sua reprodução por nossas palavras.

Inicialmente, seguindo o influxo das reflexões que sobre o tema tece a doutrina mais autorizada, faz-se mister constatar que, ao contrário do que possa parecer numa primeira análise mais apressada, as “organizações sociais” não constituem um novo modelo organizacional para as entidades com personalidade jurídica de direito privado, a ser aposta ao lado das fundações e associações. Ao revés, os próprios reformistas já previam que “organização social” é um *título*, uma *qualificação*, concedida pelo Poder Público às entidades que, criadas por

²²⁷ *Ibidem*, p. 245.

²²⁸ *Ibidem*, p. 247.

²²⁹ Não se apresentará, aqui, todos os posicionamentos da doutrina nacional acerca do assunto. Pela necessidade de abreviação que ora se impõe, apenas se abordarão as linhas que se reputam essenciais ou principais. Desde já, frise-se que diversas outras publicações, além das aqui citadas, são dignas de conferência pelo leitor a título de aprofundamento no tema. Em destaque, os periódicos da Revista de Direito do Terceiro Setor (RDTS), da Revista de Direito Administrativo (RDA) e da Revista de Direito do Estado (RDE), não se furtando de mencionar o excelente projeto das revistas eletrônicas disponíveis no sítio “www.direitodoestado.com.br”, onde constam inúmeros artigos sobre o “terceiro setor” e suas parcerias com a Administração Pública.

particulares para prestar determinado serviço “publicizável”, firmem com aquele um vínculo negocial que reja a incipiente relação.²³⁰

Não se confunda a qualificação das OS, ademais, com aquela que, por exemplo, se faz no particular das entidades de utilidade pública, posto que esta última serve apenas para justificar a concessão de benefícios à entidade (a exemplo de imunizações e isenções tributárias), ao passo que aquela vai muito além da mera titulação, abarcando o futuro “contrato” de gestão que celebrará a entidade recém-qualificada com o Ministério que a titulou.²³¹

Seguindo os ensinamentos de Paulo MODESTO, é possível apontar que, mesmo com a edição da Lei nº 9.637/98, a expressão “organização social” não obteve uma definição legal. Trata-se, na verdade, de um “enunciado elíptico”.²³² No entanto, ainda assim, o autor oferece, de dois pontos de vista diversos, uma definição para a expressão: (i) definição operacional: OS são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, criadas por iniciativa privada segundo o modelo previsto em lei, e que desempenham atividades de relevância e interesse social; (ii) considerando o aspecto da parceria: OS são instituições do “terceiro setor” (pessoas privadas de fins públicos), auxiliares do Estado na persecução de atividades de relevante interesse coletivo, que possuem um título específico conferido pelo Poder Público com a finalidade de estabelecer uma relação de confiança e parceria entre ambos.²³³

Apesar dessas ponderações, Marçal JUSTEN FILHO procede a uma tentativa de definição de organização social:

Organização social é uma associação civil sem fim lucrativo ou fundação que, em virtude do preenchimento de certos requisitos legais, é submetida a um regime jurídico especial, que contempla benefícios especiais do Estado para execução de determinadas atividades de interesse coletivo.²³⁴

²³⁰ Por exemplo, Egon Bockmann Moreira, que encara as OS como “um dos modelos normativos de pessoas do terceiro setor” (MOREIRA. **Organizações Sociais...** *op. cit.*, p. 259). Neste sentido, pondera Paulo Modesto que “ser organização social não significa apresentar uma estrutura jurídica inovadora, mas possuir um **título jurídico especial**, conferido pelo Poder Público [...]” (MODESTO. **Reforma do Marco Legal...** *op. cit.*, p. 7).

²³¹ É o que se extrai dos ensinamentos de Francisco Assis Alves, que ao tratar das OS, constatou que a grande inovação destas “não está na estrutura da pessoa jurídica, mas, sim, na nova forma de parceria entre o ente privado e o Poder Público” (ALVES, Francisco de Assis. **Fundações, Organizações Sociais e Agências Executivas**. São Paulo: LTR, 2000. p. 184).

²³² MODESTO. **Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil**. In: Revista do Serviço Público, nº 48, maio de 1997.

²³³ *Idem*.

²³⁴ JUSTEN FILHO. **Curso...** *op. cit.*, p. 204.

A qualificação da entidade como Organização Social pelo Poder Executivo federal é tratada, pela Lei nº 9.637/98, nos artigos 1º e 2º. No art. 1º, limitam-se²³⁵ as entidades que podem obter a qualificação como organização social com base na área de sua atuação (entidades privadas, sem fins lucrativos, que desempenhem atividades em determinadas áreas pré-estabelecidas): estes são os requisitos genéricos para a qualificação. No art. 2º, a lei arrola os requisitos específicos, dez no total, que se voltam às mais diversas finalidades em relação à atuação da entidade a ser qualificada.

Em pioneira reflexão sobre o assunto, Paulo MODESTO afirmou que a concessão de títulos às entidades do “terceiro setor” – como é o caso do título de OS – parece atender a três propósitos:

Em primeiro lugar, diferenciar as entidades qualificadas, beneficiadas com o título, relativamente às entidades comuns, destituídas dessa especial qualidade jurídica. Essa diferenciação permite inserir as entidades qualificadas em um **regime jurídico específico**. Em segundo lugar, a concessão do título permite **padronizar** o tratamento normativo das entidades que apresentem **características comuns relevantes**, evitando o **tratamento legal casuístico** dessas entidades. Em terceiro lugar, a outorga de títulos permite o estabelecimento de um **mecanismo de controle** de aspectos da atividade das entidades qualificadas, flexível por excelência [...].²³⁶

É possível, daí, sacar a importante ilação no sentido de que, ao contrário dos demais títulos, a qualificação de uma entidade como OS é fundamental para que o Poder Público, dentre um amplo universo de entidades, segregue algumas – as que atendam aos requisitos fixados na legislação – para dar-lhes tratamento diferenciado, notadamente no que se refere ao aspecto da parceria a ser firmada para o atingimento de finalidades de índole social.

Uma característica deveras marcante das Organizações Sociais, no que concerne ao momento de qualificação da entidade, é a *discricionariedade* do ato administrativo qualificador (constitutivo): o Poder Executivo apenas deve se vincular ao atendimento ou não, pela entidade, dos requisitos formais exigidos pela lei. Cumpridos tais requisitos, sua qualificação ou não como organização social dependerá, em larga medida, dos caprichos da Administração, que o fará com base

²³⁵ Embora possa parecer esta a dicção do dispositivo legal em comento, pondera Sílvio Luís F. da Rocha que a redação do dispositivo é lacunar, permitindo, em certa medida, uma interpretação ampla (Cf. ROCHA. *op. cit.*, p. 111-112).

²³⁶ MODESTO. *Reforma do Marco Legal...* *op. cit.*, p. 3.

nos critérios da “oportunidade” e da “conveniência”, pinçando a dedo se, quando e qual haverá de ser a entidade do “terceiro setor” qualificada como OS.²³⁷

3.2.2.2. *Efeitos da qualificação: o Contrato de Gestão*²³⁸

Emitida a certificação da entidade como organização social por parte do Poder Público, com base em juízo discricionário exercido pela autoridade competente, a principal consequência que daí advirá é, com toda a certeza, a aptidão da recém-qualificada entidade para celebrar, com a esfera da Administração Pública que a qualificou, o instrumento de ajuste denominado – impropriamente – de Contrato de Gestão.²³⁹

É no âmbito do contrato de gestão que, finalmente, explica-se tudo o que foi até aqui exposto: o sentido da subsidiariedade, a busca pela eficiência e a realização da atividade estatal de fomento; tudo com base neste instrumento de parceria entre Estado e “Terceiro Setor”.

O contrato de gestão é disciplinado pela lei nº 9.637/98 nos artigos 5º e seguintes. Dentre estes, merece destaque o art. 5º, que define o contrato de gestão como o instrumento de ajuste celebrado entre o Poder Público e a organização social, formando parceria entre as partes para o fomento e a execução das atividades referidas no art. 1º. O diploma em questão traz, ainda, regras referentes ao conteúdo mínimo do contrato a ser celebrado, normas sobre a execução e a fiscalização do contrato e, ainda, disposições acerca das modalidades de fomento admitidas para a prestação do serviço pela OS.

Ao bem da verdade, praticamente de nada serviria uma organização social não fosse o contrato de gestão celebrado com a Administração. O contrato de gestão torna-se, neste prisma, quase que um consequente lógico e necessário da qualificação da entidade como OS, visto que sua pactuação é o principal – senão o

²³⁷ “O título de Organização Social é um atributo reconhecido pelo Poder Executivo, segundo um juízo discricionário da autoridade administrativa competente [...]” (ROCHA. *op. cit.*, p. 110-111). No mesmo sentido, aprofundando a análise desta discricionariedade, cf. ROCHA. *op. cit.*, p. 120-137; MOREIRA. **Organizações Sociais...** *op. cit.* p. 265; e MOREIRA NETO. **Curso...** *op. cit.*, p. 277.

²³⁸ O contrato de gestão abordado no presente estudo é aquele previsto na lei nº 9.637/98, entre Administração e Organização Social, e não aquele previsto no §8º do art. 37 da Constituição Republicana, inserto pela EC nº 19/98. Para bem compreender os contornos deste último, cf. OLIVEIRA. **Contrato de Gestão...** *op. cit.*

²³⁹ A doutrina que analisa os contornos desse “contrato de gestão” celebrado entre o Poder Público e a Organização Social é praticamente unânime em apontar a impropriedade de sua nomeação como “contrato” (Cf. OLIVEIRA. **Contrato de Gestão...** *op. cit.*, p. 223-264; MOREIRA. **Organizações Sociais...** *op. cit.*, p. 268-274; MOREIRA NETO. **Curso...** *op. cit.*, p. 190-193; e MEIRELLES. *op. cit.*, p. 268-273).

único – motivo que faz a entidade se credenciar junto ao Poder Público. Nesse senso, pondera Egon Bockmann MOREIRA:

[...] a celebração do contrato de gestão torna-se uma consequência óbvia e quase que inarredável da qualificação de uma pessoa jurídica como Organização Social. [...] não haveria razão para tal qualificação discricionária se não fosse firmado o contrato de gestão – configuraria um atentado ao princípio da eficiência.²⁴⁰

Com igual inspiração, entende Sílvia Luís Ferreira da ROCHA:

O recebimento do título de Organização Social permite e possibilita a celebração do contrato de gestão com a Administração. A celebração do contrato de gestão é, sem dúvida, a razão de existir da Organização Social. Objetiva-se com o contrato de gestão que o Estado entregue à Organização Social recursos orçamentários, bens públicos e servidores para que a Organização Social possa cumprir os objetivos sociais tidos por convenientes e oportunos à coletividade. É desta forma que o Estado incentiva a denominada iniciativa privada de interesse público.²⁴¹

Teoricamente, o fim último da Administração com a celebração do ajuste ora mencionado é a flexibilização da gestão do serviço (de interesse) público, repassando sua execução à OS, que o fará com maior eficiência tendo em vista sua maior autonomia.²⁴² A despeito disso, interessante análise faz Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, expondo que o contrato de gestão celebrado com organizações sociais *restringe* sua autonomia, pois, embora estas sejam entidades privadas, por conta do ajuste com o Poder Público terão que se sujeitar a exigências de natureza publicística.²⁴³

O contrato de gestão, portanto, funciona neste diapasão como instrumento de ajuste entre a Administração Pública e a entidade do “terceiro setor” qualificada como organização social, prevendo deveres a ambas as partes: de um lado, estabelece a atividade a ser desempenhada pela OS, fixa metas de desempenho, critérios de avaliação e métodos de controle;²⁴⁴ de outro, informa qual a abrangência

²⁴⁰ MOREIRA. **Organizações Sociais...** *op. cit.*, p. 270.

²⁴¹ ROCHA. *op. cit.*, p. 139.

²⁴² Neste sentido, pondera Di Pietro que “o fim último dos contratos de gestão é a **eficiência**, como princípio constitucional previsto no art. 37, *caput*, da Constituição [...]” (DI PIETRO. **Direito Administrativo...** *op. cit.*, p. 335).

²⁴³ DI PIETRO. **Parcerias...** *op. cit.*, p. 268. Nesta toada, conclui Sílvia Luís Ferreira da Rocha que “o contrato de gestão celebrado entre a Administração e a Organização Social submete-se ao regime de direito público” (ROCHA. *op. cit.*, p. 141).

²⁴⁴ Aqui reside um dos aspectos essenciais do contrato de gestão no ideário reformista: visando à qualidade e à eficiência do serviço prestado pela OS, o controle previsto na lei nº 9.637/98 é não mais o burocrático controle procedimental, mas sim um controle de resultados, que compara os resultados efetivamente alcançados com as metas pactuadas inicialmente no contrato de gestão.

e quais os aspectos do fomento a ser concedido à OS pelo Poder Público contratante que está repassando a atividade – que poderá ir desde incentivos fiscais até o repasse de bens e servidores, conforme dicção legal.²⁴⁵

Outro aspecto interessante da pactuação do contrato de gestão entre a Administração e a organização social diz respeito à superveniente extinção do órgão público que, antes da qualificação, era responsável pela prestação do serviço repassado. Tal conclusão, na realidade, é até óbvia, se considerada a intenção dos gerencialistas com o programa de Publicização: qualificada a OS responsável pela prestação do serviço a ser “publicizado” e celebrado o consequente contrato de gestão, não há mais motivo – na visão dos reformistas – para a manutenção da prestação do serviço nas mãos diretas Estado, que já cumpre seu papel quando da atividade de fomento que acompanha o contrato de gestão.²⁴⁶

Na temática do contrato de gestão, dispunha o Caderno nº 2 do MARE sobre a Reforma do Estado:

Por parte do Poder Público contratante, o contrato de gestão é um instrumento de implementação, supervisão e avaliação de políticas públicas, de forma descentralizada, racionalizada e autonomizada, na medida em que vincula recursos ao atingimento de finalidades públicas. Por outro lado, no âmbito interno das organizações [...] contratadas, o contrato de gestão se coloca como um instrumento de gestão estratégica, na medida em que direciona a ação organizacional, assim como a melhoria da gestão, aos cidadãos [...].²⁴⁷

Não são poucas as digressões doutrinárias acerca do novel instrumento do Contrato de Gestão; salvo melhor juízo, todos os autores que abordam o tema das parcerias entre a Administração Pública e o “terceiro setor” o fazem com base primordialmente nessa específica modalidade de ajuste. E nem poderia ser diferente, caso se tenha em mente que foi justamente a criação das Organizações Sociais – e consequentemente do Contrato de Gestão com tais entidades – a mola propulsora da temática no país, conforme já se discorreu.

²⁴⁵ “Qualificada como Organização Social, a entidade estará habilitada a receber recursos financeiros e a administrar bens e equipamentos do Estado. Em contrapartida, ela se obrigará a celebrar um contrato de gestão, por meio do qual serão acordadas metas de desempenho que assegurem a qualidade e a efetividade dos serviços prestados ao público” (BRASIL. **Caderno MARE...** *op. cit.* p. 14). De igual teor o que preleciona Egon Bockmann Moreira: “A fim de exercer tarefas de interesse público, a OS goza de benefícios de fomento, especialmente a transferência de recursos, bens e servidores públicos [...]” (MOREIRA. **Organizações Sociais...** *op. cit.*, p. 266).

²⁴⁶ “[...] a qualificação dessas entidades, na maior parte dos casos, deverá ocorrer concomitantemente à extinção de congêneres, integrante da administração pública”. (BRASIL. **Caderno MARE...** *op. cit.* p. 14).

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 36.

De sua parte, Hely Lopes MEIRELLES vê no contrato de gestão um “elemento estratégico para a reforma do aparelho administrativo do Estado”,²⁴⁸ na medida em que “sua finalidade básica é possibilitar à Administração Superior fixar metas e prazos de execução a serem cumpridos pela entidade privada [...] a fim de permitir melhor controle de resultados”.²⁴⁹ O contrato de gestão, nesta visão, é o inovador *instrumento de parceria* criado pelos reformadores para permitir a transferência de atividades do Estado para o “terceiro setor”.

Não é diverso o sentido encontrado em Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, que após analisar o contrato de gestão previsto pelo art. 37, §8º da Magna Carta, anotou:

O contrato de gestão foi ainda previsto expressamente na Lei nº 9.637, de 15-5-98, que dispôs sobre a qualificação de entidades como organizações sociais; ele será o instrumento para estabelecer-se um vínculo jurídico entre a organização social e a Administração Pública. Por meio dele, fixam-se as metas a serem cumpridas pela entidade e, em troca, o Poder Público auxilia de diversas formas, quer cedendo bens públicos, quer transferindo recursos orçamentários, quer cedendo servidores públicos.²⁵⁰

Informa Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO que, após expedido o ato de reconhecimento (ato administrativo discricionário), as entidades qualificadas como organizações sociais ficam “habilitadas a se associarem ao Poder Público através de *contratos de gestão*, com vistas à formação de uma relação complexa de colaboração, voltada ao fomento e à execução de atividades de interesse público [...]”.²⁵¹

E, por fim, remata Paulo MODESTO:

As organizações sociais representam uma nova estratégia de estimular parcerias de entidades privadas sem fins lucrativos com o Poder Público em serviços sociais livres à ação privada. Não podem ser superestimadas nem subestimadas como respostas conseqüentes à crise do aparelho do Estado no âmbito da prestação dos serviços sociais. O Estado com elas não se despede da responsabilidade de assegurar e garantir os direitos sociais básicos. O Estado continuará regulador e promotor de serviços sociais, contando porém com mecanismos de parceria renovados, ampliando a sua capacidade de direta ou indiretamente assegurar a fruição dos direitos sociais fundamentais.²⁵²

²⁴⁸ MEIRELLES. *op. cit.*, p. 268.

²⁴⁹ *Idem.*

²⁵⁰ DI PIETRO. **Direito Administrativo...** *op. cit.*, p. 335-336.

²⁵¹ MOREIRA NETO. **Curso...** *op. cit.*, p. 277.

²⁵² MODESTO. **Reforma Administrativa...** *op. cit.*

Não se delongará mais, aqui, na análise verticalizada deste inovador instrumento de parceria introduzido pelos reformistas na década de 90 do século passado. O objetivo principal desta breve explanação foi apenas pincelar algumas das características principais de tal modelo de ajuste entre a Administração Pública e o “terceiro setor”, a fim de comprovar o ideário gerencial insculpido em sua essência – resumido, como visto, no tríplice aspecto da subsidiariedade, eficiência e atividade de fomento.

Certo é que, para além dessa sumária dissertação, muitas são as considerações doutrinárias aprofundadas que envolvem o contrato de gestão com as OS e suas nuances: desde a pactuação do contrato até sua extinção, passando por sua natureza jurídica, pela fiscalização e execução do contrato e pelos métodos de fomento previstos na lei. No entanto, não é pertinente, aqui, aprofundar sobremaneira tal temática, o que delongaria demasiadamente a pesquisa e desviaria indevidamente o foco do presente trabalho.

Se com esta ligeira exposição logrou-se comprovar que o Contrato de Gestão previsto na Lei nº 9.637/98, firmado entre as Organizações Sociais e o Poder Público, consubstancia um inovador instrumento de ajuste entre o Estado e o “Terceiro Setor”, concebido com vistas a atender aos anseios dos gerencialistas (notadamente a eficiência, alcançada com a flexibilização da gestão do serviço), damo-nos então por satisfeitos.

3.2.3. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e Termo de Parceria

Logo após a edição da Lei nº 9.637/98 – para ser mais exato, no ano seguinte –, sobreveio nova legislação federal, criando mais um título a ser concedido às entidades do “terceiro setor” parceiras do Poder Público no desempenho de atividades de interesse coletivo. Para além da qualificação de “organização social” prevista inicialmente pelos reformistas, apareceu uma segunda qualificação, a de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (popularmente conhecida como OSCIP), prevista na lei nº 9.790/1999 e regulamentada pelo Decreto nº 3.100/1999.

Da leitura deste diploma legal, é nítido constatar que a intenção do legislador foi praticamente a mesma daquela que motivou a criação do título de OS: qualificar as entidades privadas sem fins lucrativos (componentes do “terceiro setor”) que preencham os requisitos exigidos para que, a partir da qualificação, tais entidades possam celebrar com o Poder Público um acordo (ajuste, parceria) para o atendimento de determinada atividade de relevância social.²⁵³ A inspiração essencial de ambos os diplomas, portanto, foi a mesma: o reconhecimento da importância da parceria entre o Estado e o “Terceiro Setor” na prestação de serviços sociais.

Nesta perspectiva, estabelecendo um liame entre os ideários gerenciais e a instituição das OSCIP, assentou Fernando Borges MÂNICA:

Seguindo o processo de reforma do Estado, um ano após a publicação da Lei das Organizações Sociais, foi aprovada a Lei nº 9.790/99, que criou mais uma modalidade de qualificação outorgada pelo poder público: a *Organização da Sociedade Civil de Interesse Público* (OSCIP), e instituiu a possibilidade de celebração de um outro novo instrumento de ajuste com o poder público, denominado *termo de parceria*.²⁵⁴

No mesmo sentido, entende Tarso Cabral VIOLIN:

O termo de parceria firmado pelas OSCIPs, juntamente com os contratos de gestão das organizações sociais, foram criados durante a ‘onda gerencial’ que influenciou a Administração Pública brasileira, desde a divulgação do Plano Diretor do MARE. Assim, o termo de parceria também foi criado com o intuito de um maior controle de resultados [...].²⁵⁵

Apesar dessa convergência, algumas importantes diferenças se fazem notar quando cotejados detidamente os dispositivos de cada um dos diplomas mencionados, e é justamente aí, no ponto em que as OS e as OSCIP contrastam, que residem as características mais nodais destas em relação àquelas.²⁵⁶

²⁵³ Trata-se, nos dizeres de Juarez Freitas, de “mais uma modalidade de execução indireta dos serviços públicos ou de utilidade pública, por meio da atuação de parceiros qualificados [...]” (FREITAS. *op. cit.*, p. 450). Notou também Maria Tereza Fonseca Dias: “A maioria esmagadora da literatura sobre o tema estudado aponta a semelhança indiscutível entre o termo de parceria, o contrato de gestão e o convênio, entendidos como instrumentos destinados à formação de um vínculo de cooperação das entidades privadas sem fins lucrativos e devidamente qualificadas pelo poder público” (DIAS *op. cit.*, p. 299).

²⁵⁴ MÂNICA. **Panorama histórico-legislativo...** *op. cit.*, p. 185.

²⁵⁵ VIOLIN. **Terceiro Setor...** *op. cit.*, p. 263. A seguir, citando Ferrarezi e Rezende, consta da obra do autor que o termo de parceria caracteriza-se como um “novo instrumento jurídico de fomento e gestão das relações de parceria entre as OSCIPs e o Estado, com o objetivo de imprimir maior agilidade gerencial aos projetos e realizar o controle pelos resultados [...]”. (*Idem*).

²⁵⁶ Interessante análise sobre o tema das semelhanças e diferenças entre as OS e as OSCIP faz Paulo Modesto (Cf. MODESTO. **Reforma do Marco Legal...** *op. cit.*). Igualmente de forma bastante detida, Juarez Freitas aponta seis semelhanças e oito divergências entre as duas qualificações, sendo que as principais delas serão reproduzidas a seguir (Cf. FREITAS. *op. cit.*, p. 450-452). Tendo em mente tais divergências, aponta Eduardo Szazi que um aspecto “extremamente positivo do termo de parceria é que ele se fundamenta em princípios desejados no mundo moderno, calcados em transparência na gestão dos recursos, competição para acesso a

Uma primeira distinção fundamental entre as OS e as OSCIP consiste na constatação de que, ao contrário das primeiras, as OSCIP não foram previstas pelos reformadores no ideário gerencial da publicização. Se isto não ocorreu, e se foi necessária a criação de uma nova qualificação para além da OS prevista no bojo da reforma, certo é que alguma razão há para isto. E tal motivo é bastante relevante: o programa gerencial de publicização pretendia que, com a titulação da Organização Social e a consequente celebração do contrato de gestão, fosse repassada integralmente a prestação do serviço para a entidade, resguardando-se o Estado na atividade de fomento e excluindo-se o órgão estatal que antes desempenhava a atividade (se fosse o caso, “doando” os servidores e os bens estatais para a OS prestadora do serviço).

Ao contrário, a lei das OSCIP não prevê que, com a celebração do Termo de Parceria (instrumento análogo ao Contrato de Gestão das OS), a entidade parceira *substituirá* o Estado, como ocorre nas OS, mas sim que a OSCIP *complementará*, *suplementará* a atuação estatal, provendo, *ao lado do Estado*, os serviços sociais permitidos pela lei nº 9.790/99. Tal distinção é absolutamente relevante: embora as OSCIP também firmem instrumento de ajuste com o Poder Público para desempenhar atividade de relevante interesse, sob coordenação, fiscalização e auxílio estatal (fomento), o termo de parceria não trará as mesmas consequências do contrato de gestão: não implicará a extinção do órgão estatal e o repasse integral da prestação do serviço, como pretendiam os gerencialistas na figura das OS, mas implicará somente o reconhecimento da *legitimidade* da entidade do “terceiro setor” para atuar como verdadeira *parceira* do Estado, e não como sua *substituta privada*, executando, por isso mesmo, serviço de relevância pública ao lado do Estado, e não serviço público em seu lugar, substituindo-o.²⁵⁷

eles e cooperação e parceria na execução de projetos”, concluindo daí que “podemos vislumbrar um novo modelo de relacionamento Estado-entidades, calcado no novo instrumento, que contribuirá para o planejamento e desenvolvimento de projetos mais objetivos e programáticos, com melhores índices de sucesso e efetividade nas suas ações” (SZAZI. *op. cit.*, p. 110). Fernando Borges Mânica, após referir-se às características da lei das OS, assim ponderou: “[...] a Lei das OSCIP nasceu com o escopo de trazer critérios legais objetivos e aptos a definir quais entidades efetivamente possuem caráter público, bem como oferecer a tais entidades a possibilidade de obter apoio estatal por meio de um mecanismo despidido dos procedimentos excessivamente burocráticos e formais dos convênios” (MÂNICA. **Panorama histórico-legislativo...** *op. cit.*, p. 187).

²⁵⁷ “[...] a Lei nº 9.790/99, através da titulação busca reconhecer idoneidade para as organizações que venham a receber recursos do poder público, através de parcerias” (BRAGA, Luziânia C. Pinheiro. **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP): promoção e construção de (novos) direitos e assessoria jurídica de caráter suplementar**. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o Público e o Privado**, Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 269).

Não senão por isso, Gustavo Justino de OLIVEIRA, vendo no termo de parceria um novo instrumento de gestão pública compartilhada, sustenta:

[...] a Lei federal nº 9.790/99 inaugurou um *novo modelo de prestação de serviços públicos*, a ser viabilizada por meio de um *acordo administrativo colaborativo* firmado entre o Poder Público e uma OSCIP (Termo de Parceria). [...] a OSCIP não recebe delegação do Poder Público para a prestação de serviços, atuando a entidade privada sem fins lucrativos de modo *complementar* ou *suplementar* aos serviços prestados pelo Poder Público.²⁵⁸

Esta distinção inicial já é suficiente para apercebermo-nos do fato de que, com a Lei nº 9.790/99, o legislador intentou atenuar os excessos da Lei nº 9.637/98, trazendo dispositivos mais coerentes à lógica da Constituição vigente e, portanto, mais afastados da lógica gerencial da “publicização”, embora com esta comungasse algumas premissas.

As normas acerca da qualificação da entidade como OSCIP estão dispostas nos artigos 1º a 8º da Lei nº 9.790/99. Cotejada com as disposições da lei das OS, a lei das OSCIP traz muito mais limitações para a entidade que pretender a titulação, restringindo e especificando com mais profundidade os requisitos gerais, as vedações, as áreas de atuação e até mesmo o procedimento para a obtenção da qualificação. Com esta rigidez, pretendeu-se, de certa forma, afastar o sentido genérico da lei 9.637/98 e as margens que isto dava para eventuais subterfúgios, prevendo-se um modelo de qualificação muito mais rígido.

Por seu turno, a questão da celebração do Termo de Parceria é tratada pelos artigos 9º e seguintes de referido diploma. Neste diapasão, a figura do termo de parceria assemelha-se sobremaneira àquela do Contrato de Gestão celebrado com as Organizações Sociais: trata-se de um instrumento de ajuste entre determinada esfera da Administração Pública e a entidade do “terceiro setor” qualificada como OSCIP, prevendo obrigações a ambas as partes (de um lado, o fomento do Poder Público – no caso das OSCIP, as hipóteses são muito menos amplas do que aquelas das OS, já referidas – e, de outro, a estipulação da prestação de determinado serviço pela entidade qualificada, com definição de metas

²⁵⁸ OLIVEIRA. *Gestão privada...* op. cit., p. 222.

de desempenho, estabelecimento de critérios de avaliação, controle dos resultados e métodos de fiscalização).²⁵⁹

Do mesmo modo que ocorre no caso do contrato de gestão com as Organizações Sociais, o termo de parceria com as OSCIP também é um consequente lógico da qualificação da entidade: a finalidade precípua da qualificação de determinada entidade como OSCIP é, por consentâneo lógico, a subsequente celebração do termo de parceria, depositando o Estado sua confiança na entidade que passará a prestar um serviço de interesse social. Nesta medida, o título de “Organização da Sociedade Civil de Interesse Público” funciona de modo bastante assemelhado ao título das Organizações Sociais: sua importância não se esgota na mera qualificação, indo além para abrigar, fundamentalmente, a parceria que entre si firmarão a Administração Pública e a entidade qualificada.

A despeito dessa semelhança no que se refere à qualificação da entidade para posterior celebração de ajuste com o Poder Público, como já referido acima existem algumas relevantes divergências entre o caso das OSCIP e aquele das OS. Tais diferenças, que denotam uma espécie de “cautela” do legislador de 1999 com relação às atitudes do legislador do ano anterior, acabaram por tornar as OSCIP muito mais populares e difundidas na prática do que as OS: uma pesada ironia, se levarmos em conta que as Organizações Sociais eram um dos projetos basilares da Reforma Gerencial, e as OSCIP sequer constavam dos planos da reforma, apenas comungando alguns de seus princípios.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO bem notou a diferença entre ambas as entidades – Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público –, ao expor que “no caso das **organizações da sociedade civil de interesse público**, a parceria com o poder público está estruturada de forma mais adequada e está sujeita a requisitos mais rígidos”.²⁶⁰ E conclui a autora, em passagem digna de referência:

[...] embora haja pontos comuns entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, o objetivo é diverso nos dois casos: nas primeiras, o intuito evidente é o de que elas assumam determinadas atividades hoje desempenhadas, como serviços públicos, por entidades da Administração Pública, resultando na extinção destas últimas.

²⁵⁹ É esta também a conclusão de Di Pietro, ao ponderar a autora que o termo de parceria celebrado com a OSCIP é “[...] em tudo semelhante ao contrato de gestão previsto em lei para as organizações sociais” (DI PIETRO. **Parcerias...** *op. cit.*, p. 273).

²⁶⁰ DI PIETRO. **Parcerias...** *op. cit.*, p. 271.

Nas segundas, essa intenção não existe, pois a qualificação da entidade como organização da sociedade civil de interesse público não afeta em nada a existência ou as atribuições de entidades ou órgãos integrantes da Administração Pública. [...] Em relação às organizações da sociedade civil de interesse público, o Poder Público exerce verdadeira atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. Ao contrário do que ocorre na organização social, o Estado não abre mão de serviço público para transferi-lo à iniciativa privada, mas faz parceria com a entidade, para ajudá-la, incentivá-la a exercer atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas.²⁶¹

Merece menção, ainda, o seguinte ensinamento de DI PIETRO:

Existe alguma semelhança com as organizações sociais, na medida em que ambas são entidades privadas, sem fins lucrativos, que, uma vez preenchidos os requisitos legais, recebem uma qualificação pelo Poder Público [...] A grande diferença está em que a OS recebe ou pode receber delegação para a gestão de **serviço público**, enquanto a Oscip exerce **atividade de natureza privada**, com a ajuda do Estado.²⁶²

Outra disparidade fundamental entre as OS e as OSCIP, para além da questão da qualidade de sua atuação (substituta do Estado x parceira do Estado), diz respeito à natureza do ato de qualificação da entidade. Como visto anteriormente, no caso das Organizações Sociais, a lei prevê os requisitos genéricos e as vedações às entidades que pretendem obter sua qualificação; entretanto, o ato de qualificação da entidade requerente que preencha os requisitos é *discricionário*, dependente do juízo de oportunidade e conveniência a ser feito pela autoridade competente (art. 2º, II da Lei 9.637/98). De outra sorte, no caso das OSCIP, o ato de qualificação, para além de se submeter a requisitos mais rígidos e específicos – e vedações mais pormenorizadas –, é *vinculado*, nos termos do que dispõem os artigos 3º e 4º da Lei 9.790/99.

Maria Nazaré Lins BARBOSA destaca uma outra característica que, no seu entender, constitui a principal inovação da Lei das OSCIP:

A Lei 9.790/1999 estabelece, pois, um divisor de águas: admite a qualificação como de interesse público apenas a entidades com finalidades que beneficiem um público-alvo que está fora do círculo de associados.²⁶³

²⁶¹ *Ibidem*, p. 272-273. Do mesmo modo, José Maria Pinheiro Madeira entende que a estrutura das OSCIP é mais eficiente para fomentar as parcerias entre a Administração Pública e o “terceiro setor”, visto que não se está, como no caso das OS, extinguindo uma entidade estatal, mas sim, de fato incentivando a criação de entes intermediários por parte da sociedade (*Apud VIOLIN. Terceiro Setor... op. cit.*, p. 216).

²⁶² DI PIETRO. *Direito Administrativo...* *op. cit.*, p. 499. Há posições divergentes, daqueles que criticam ambas as entidades – OS e OSCIP – por representarem a mesma tentativa de fuga ao regime jurídico de direito público. O tema será sumariamente tratado a seguir. Para um maior detalhamento na questão das semelhanças e diferenças entre as OS e as OSCIP, cf. MODESTO, Paulo. *Reforma do Marco Legal...* *op. cit.*

²⁶³ BARBOSA. *op. cit.*, p. 493.

Também buscando as diferenças entre os modelos estabelecidos pela Lei das OS e pela Lei das OSCIP, Egon Bockmann MOREIRA encontrou, num relatório de lavra do Ministro do TCU, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, importantes ilações por este sacadas. Ao contrapor os diplomas legislativos referidos, o Ministro constatou que, em face da Lei das OS,

[...] a Lei das OSCIPs apresenta avanços quanto à abrangência institucional (a nova lei alcança diversas áreas de interesse da sociedade civil), ao processo de qualificação (menos burocrático, mais transparente, ágil e criterioso), ao acesso aos recursos públicos (critérios mais objetivos), aos mecanismos de planejamento, avaliação e controle dos projetos que envolvem recursos públicos (convênio x termos de parceria) e publicização da parceria Estado-OSCIP.²⁶⁴

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, da mesma forma, propõe-se a identificar alguns traços de disparidade entre as OS e as OSCIP, constatando que, no caso destas, a qualificação não é discricionária como nas OS, não há previsão de trespasse de servidores públicos, os vínculos não são determinantes para a qualificação da entidade, o Poder Público não participa de seus quadros diretivos e o objetivo institucional é muito mais amplo.²⁶⁵

Por seu turno, pondera Hely Lopes MEIRELLES:

[...] enquanto no *contrato de gestão* às entidades qualificadas como organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento das metas previstas naquele *ajuste* (Lei 9.637/98, art. 12 e §§), na Lei 9.790/99 não há essa previsão expressa de recursos orçamentários, embora a lei mencione recursos públicos provenientes da celebração do *termo de parceria* [...]. Outra diferença entre esses dois acordos é que no *contrato de gestão* a lei que o disciplina faculta ao Poder Executivo a cessão especial de servidor e de bens públicos para as organizações sociais, enquanto que no *termo de parceria* não há essa previsão.²⁶⁶

Juarez FREITAS, ao analisar as dessemelhanças entre as entidades, traz uma questão pouco levantada pela doutrina, que costuma abordar a discricionariedade apenas no particular da qualificação da entidade: enquanto que na lei das OS a desqualificação da entidade é uma possibilidade (o que, para o autor, é um absurdo, podendo acarretar a manutenção, por interesses políticos, de

²⁶⁴ Decisão 931/1999 – TCU – Plenário, sessão de 15.12.1999, BTCU nº 78/1999. *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. **Organizações Sociais...** *op. cit.*, p. 268.

²⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO. *op. cit.*, p. 241.

²⁶⁶ MEIRELLES. *op. cit.*, p. 272.

uma entidade que descumpra suas metas e não atinge seus objetivos), na lei das OSCIP a desqualificação é, devidamente, tratada como *dever*, não discricionário, portanto.²⁶⁷

Sob um outro viés, devido à aplausível abrangência da Lei nº 9.790/99 e à larga previsão de restrições no corpo do diploma, não são poucos os juristas que apontam para uma possível subsunção da categoria “Terceiro Setor” às entidades descritas por este diploma.²⁶⁸ Não que o âmbito de abrangência do “Terceiro Setor” equivalha ao das OSCIP, mas a Lei nº 9.790/99 poderia funcionar, nesta abordagem, como adequado parâmetro para a definição da categoria.

Ao cabo desta exposição, furtamo-nos da inspiradora conclusão a que chegou Fernando Borges MÂNICA:

Em verdade, o grande processo de *publicização* não ocorreu como previu inicialmente o Plano Diretor de Reforma do Estado, com a transformação de entidades públicas em Organizações Sociais, mas alguns anos depois, a partir de 1999, com a Lei das OSCIP, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, as quais também desenvolvem atividades de interesse público não exclusivas do Estado e recebem do Poder Público incentivos específicos para o desenvolvimento de tais atividades.²⁶⁹

3.2.4. Breves apontamentos conclusivos

Como se deve supor, não se intentou neste capítulo aprofundar de forma técnica a análise das parcerias entre a Administração Pública e as entidades do “Terceiro Setor” qualificadas como Organizações Sociais ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.²⁷⁰ O que se pretendeu verticalizar foi, sim, a imersão da lógica que instigou o desenvolvimento de tais parcerias no ideário da reforma gerencial, proposta no Brasil durante o governo de Fernando Henrique

²⁶⁷ FREITAS. *op. cit.*, p. 451.

²⁶⁸ Neste sentido: MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: RT, 2007. p. 97; e MÂNICA. **Panorama histórico-legislativo...** *op. cit.*, p. 188-189.

²⁶⁹ MÂNICA, Fernando Borges. **Terceiro Setor e Imunidade Tributária: Teoria e Prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 50-51.

²⁷⁰ Inúmeros são os autores que se dedicam à verticalização dos dispositivos da lei das OS e da lei das OSCIP. Apenas a título de amostragem, colacionamos as seguintes obras, dignas de atenção por aqueles interessados no tema: SAMPAIO, José Adércio Leite. **As Organizações Sociais**. In: RDE nº 7, jul./ago./set. 2007, p. 273-287; SAMPAIO, José Adércio Leite. **As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público**. In: RDE nº 13, jan./fev./mar. 2009, p. 269-292; MÂNICA, Fernando Borges; e OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação**. In: Fórum Administrativo, ano 5, nº 49, mar. 2005. p. 5209-5351; ROCHA. *op. cit.*; OLIVEIRA. **Gestão privada...** *op. cit.*; BARBOSA. *op. cit.*; BACELLAR FILHO. **O regime jurídico...** *op. cit.*; MOREIRA. **Organizações Sociais...** *op. cit.*

Cardoso como reformulação da dimensão interventiva do Estado. Em verdade, não fosse a idealização da reforma gerencial, certo é que a lei das OS não existiria (ao menos não em seus termos exatos e com seus controversos dispositivos), e, por consequência, provavelmente também não existiria a lei das OSCIP.

O tema das parcerias do Estado com as Organizações Sociais e as OSCIP, afinal, coaduna-se com higidez a tudo o que foi anteriormente exposto, tanto no que diz respeito às fundamentações teórico-filosóficas e políticas da Reforma Gerencial, quanto no que toca às globais tendências de reformulação dos métodos de Ação Administrativa (o que já foi brevemente mencionado quando se tratou da passagem da Administração Unilateral para a Administração Consensual).²⁷¹

Destarte, é imperioso concluir que, ainda que se deva compreender o tema das parcerias entre Estado e “Terceiro Setor” com base nos valores emergentes – mediata ou imediatamente – da Constituição e da legislação administrativa em vigor, fato é que a integral e adequada compreensão desta temática não pode passar à margem de uma análise histórica, mais profunda, que diga respeito aos motivos que serviram de força motriz ao incentivo desta “concertação administrativa”.

Bem por isso, na elaboração desta pesquisa, partiu-se da premissa de que é fundamental, antes da verticalização dos Contratos de Gestão e Termos de Parceria, proceder-se a uma análise compreensiva mais holista, pautada na História. O método interpretativo histórico, por muitos renegado a um segundo plano, é, ao nosso humilde entender, crucial para a análise dos institutos legislados: se é verdade que, via de regra, não importa a *mens legislatoris*, mas sim a *mens legis*, então, em certa medida, está-se reprisando o pensamento clássico de Maquiavel, que, em sua obra-prima “O Príncipe”, proferia a afamada sentença “os fins justificam os meios”.

Isto porque, se em sede de *aplicação* da legislação não se impõe a análise histórica do diploma, certo é que em sede *interpretativa* todos os elementos cognitivos servem de relevante auxílio ao intérprete. E, dentre os elementos cognitivos auxiliares do intérprete da norma legislada, o conteúdo histórico – a

²⁷¹ Corroborando tal entendimento, manifestaram-se Fernando Borges Mânica e Gustavo Henrique Justino de Oliveira, em reflexão específica sobre as OSCIP, mas perfeitamente extensível às OS: “É importante ressaltar que os termos de parceria celebrados com entidades privadas qualificadas como OSCIP são **acordos administrativos colaborativos**, ajustados entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos. São acordos utilizados para viabilizar a **concertação administrativa**, e têm por função principal instituir e disciplinar vínculos de colaboração entre o Estado e a sociedade civil, estando presente em ambos os casos a atividade de **fomento** por parte do Estado” (MÂNICA. **Organizações da Sociedade Civil...** *op. cit.*).

razão, a lógica do “nascimento” do diploma – não merece o destrato que lhe tem sido dirigido hodiernamente, posto que crucial na compreensão da normatização dos institutos.

Feitas tais considerações, resta apenas pincelar, de modo bastante contido, algumas das principais críticas que dirige a doutrina aos projetos gerencialistas, cumprindo reprimir que não se adotará aqui um posicionamento quanto ao seu acerto ou desacerto.

3.3. Críticas à emergência das entidades do “Terceiro Setor” como “Parceiras” do Estado – breves apontamentos

A pretensão gerencial de reforma do aparelhamento administrativo estatal, como visto, partiu de propostas da alta cúpula do Executivo Federal brasileiro. Nas teorizações de Bresser Pereira, ministro do MARE à época, e com o apoio do então presidente Fernando Henrique Cardoso, o Plano Diretor da reforma do Estado propunha, “de cima para baixo”, uma reformulação generalizada do modo de intervenção estatal – tanto na economia quanto na esfera social.

Nesse diapasão, se as propostas que surgem das camadas mais populares não conseguem adesão geral, imediata e irrestrita, imagine-se aquelas que partem “de cima”, ainda mais quando concernentes a uma questão tão delicada como é a forma de intervenção estatal. Se é verdade que é mais fácil, nestes casos, conseguir apoio político e implementar uma poderosa força motriz às propostas, mais verdade ainda é que, em contrapartida, a desconfiança por parte da sociedade – e dos próprios administradores dos setores estatais locais (Estados-membros e municípios) – nestes casos aumenta em muito.

Tendo em mente tal premissa, é lícito concluir – como, aliás, já se apontou acima – que a proposta gerencial não galgou a adesão que pretendia: não foram poucos os setores, tanto da sociedade quanto da própria estrutura estatal, que afrontaram agudamente os planos gerenciais, quer acusando-os em sua inspiração, quer nos contornos de seus projetos.

Desta sorte, para bem se compreender o teor das críticas que foram dirigidas à proposta de Reforma Gerencial brasileira, mister se faz cindi-las com base no alvo de seu ataque. A partir daí, pode-se constatar que há dois alvos

principais de críticas: o primeiro, que ataca a essência do gerencialismo e a lógica que pretendeu inculcar, ou seja, seus pressupostos teóricos e seus projetos; e o segundo, que condena as consequências desse ideário no campo da legislação que dele derivou (Lei nº 9.637/98 e Lei nº 9.790/99).²⁷²

É com vistas a cumprir este itinerário, pincelando de forma concisa as principais críticas endereçadas às formulações gerenciais, que se dedicam as próximas páginas.

3.3.1. Críticas ao ideário gerencial: o receio contra o Neoliberalismo

A primeira “fonte de críticas” aventada contra a implementação das propostas gerenciais no Brasil dirigiu-se ao cerne do ideário gerencial, atacando de modo frontal suas premissas, seus pressupostos teóricos e o modelo interventivo proposto. Nessa perspectiva, acusaram-se os Gerencialistas de serem adeptos do Estado Mínimo irresponsável, guardião noturno, de sorte que todas suas propostas foram taxadas de neoliberais. Dentre os críticos mais ferrenhos desta corrente, podemos situar, no Brasil, Carlos MONTAÑO e Tarso Cabral VIOLIN, autores que possuem obras num viés bastante combativo com relação à atuação do “terceiro setor” paralelamente ao Estado.²⁷³

Carlos MONTAÑO, assistente social formado no Uruguai e atualmente professor na UFRJ, é, talvez, aquele que tece as mais detidas e contundentes críticas à atuação do “terceiro setor” como promotor de políticas públicas de cunho social em substituição ao Estado. O autor não poupa esforços para atacar de modo violento o modo pelo qual, em seu ver, as entidades do “terceiro setor” têm sido

²⁷² Cumpre fazer uma ressalva: está-se aqui a tratar das críticas dirigidas ao gerencialismo apenas no que tange, especificamente, ao objeto da presente pesquisa. Por conta disso, somente se abordará as críticas que dizem respeito ao tema gerencial da “publicização”, ou seja, das parcerias entre Administração Pública e “Terceiro Setor”, deixando de lado, por escapar ao escopo do presente trabalho, demais críticas que levam em conta outros aspectos da reforma.

²⁷³ É interessante notar, a título de curiosidade, como esse embate crítico ora esposado foi apreendido até pela cultura nacional. No campo do Cinema, a película **Quanto vale ou é por quilo?**, de 2005, dirigida por Sérgio BIANCHI, bem retrata a utilização indevida de entidades do “terceiro setor” para fins ilícitos. Na Música, desperta interesse o sentido da frase “A certidão pra nascer, a concessão pra sorrir”, que encabeça a canção **Deus lhe pague**, de autoria de Chico Buarque de HOLLANDA. Por fim, a Literatura nos brinda com a poesia de Manuel BANDEIRA, que em seu **Poética** afirma estar farto “Do lirismo funcionário público com livro de ponto expediente protocolo e manifestações de apreço ao senhor diretor”, retratando uma visão pessimista – típica do autor – com relação à rigidez da nossa burocracia administrativa (tomada pelo poeta em seu aspecto negativo).

utilizadas pelo Estado como forma de manutenção do modo de reprodução capitalista.²⁷⁴

No pensamento do autor, as propostas de reforma do Estado (como foi, no Brasil, a reforma gerencial) possuem um nítido cunho neoliberal, na medida em que visam à reestruturação do aparelho estatal mediante privatizações e descentralizações a fim de que o Capitalismo em crise possa se recompor.²⁷⁵ Nesta medida, o repasse de atividades estatais aos entes do “terceiro setor”, no pensamento de referido autor, caracteriza uma indevida *funcionalização* destes atores sociais por parte dos neoliberais, que se utilizam de subterfúgios argumentativos para justificar o modo escuso com que repassam a responsabilidade estatal na prestação de serviços.²⁷⁶

Em sua obra, o autor trata também de sistematizar todos os modos pelos quais as entidades do “terceiro setor” são tomadas como instrumentos do projeto neoliberal. Dentre estes, menciona, por exemplo, a desresponsabilização do Estado na intervenção social com a consequente auto-responsabilização social, a despolitização dos conflitos, a trivialização da questão social e a redução do impacto do desemprego. Assevera MONTAÑO:

Neste processo de constituição de um ‘terceiro setor’ que assume atividades sociais que eram prioritárias do *Welfare State*, a função social de resposta às refrações da ‘questão social’ deixa de ser, no projeto neoliberal, responsabilidade privilegiada do Estado [...]. Escamotear a veracidade deste processo exige um duplo caminho: por um lado, o da indução a uma imagem mistificada de construção e ampliação da cidadania e da democracia, mesmo retirando as reais condições para sua efetiva concretização; por outro, o da indução a uma imagem ideológica de transferência de atividades, de uma esfera estatal satanizada (considerada naturalmente como burocrática, ineficiente, desfinanciada, corrupta) para um santificado ‘setor’ supostamente mais ágil, eficiente, democrático e popular (o de uma ‘sociedade civil’ transmutada em ‘terceiro setor’).²⁷⁷

E conclui o autor, em passagem que bem resume seu pensamento:

²⁷⁴ Firme-se, desde já, que o autor tem nítida inspiração marxista. Todas as suas observações, portanto, não passam nem perto de imparciais, e serão por nós apenas reproduzidas sem quaisquer comentários ou críticas.

²⁷⁵ “De esta forma, el capitalismo monopolista [...], orientado por los principios neoliberales, desarrolla una nueva estrategia general de enfrentamiento de la actual crisis [...]” (MONTAÑO, Carlos. **Tercer Sector...** *op. cit.*, p. 300).

²⁷⁶ “La reinstrumentalización del Estado para los actuales fines capitalistas, es desarrollada, de acuerdo con los postulados neoliberales [...], con la clásica (contra) *reforma del Estado* [...]” (MONTAÑO. **Tercer Sector...** *op. cit.*, p. 299). E prossegue o autor: “[...] particularmente, la estrategia neoliberal tiende a instrumentalizar un conjunto de valores, prácticas, sujetos, instancias: el llamado ‘tercer sector’ [...] transforma la sociedad civil en *medio* para que el proyecto neoliberal desarrolle su estrategia de reestructuración del capital [...]” (*Ibidem*, p. 301-302).

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 311. Tradução livre.

Neste sentido, o objetivo de retirar do Estado (e do capital) a responsabilidade de intervenção na ‘questão social’ e de transferi-la para a esfera do ‘terceiro setor’, não é por motivo de *eficiência* [...], nem sequer por razões *econômicas* [...]. O motivo para isto é fundamentalmente *político ideológico*: retirar e esvaziar a dimensão de direito universal do cidadão em relação com as políticas sociais (estatais) de qualidade; [...] exonerar o capital de tais responsabilidades [...]. Desta forma, o ‘terceiro setor’, instrumentalizado pela estratégia neoliberal, tem a função, tanto de justificar e legitimar o processo de desestruturação da Seguridade Social estatal, como de transformar a luta *contra* a reforma do Estado em *colaboração* com o Estado [...].²⁷⁸

Inspirado nestas ponderações de Montañó, Tarso Cabral VIOLIN compreende a proposta gerencial como neoliberal, consubstanciada numa tentativa estatal de desresponsabilização social mediante o repasse de atividades que são de sua competência a entidades privadas do “terceiro setor”. O autor deixa tal posicionamento bastante nítido ao afirmar que para ele “é claro que a reforma gerencial, quando prega o Estado apenas regulador, deixando para o mercado e ‘setor público não-estatal’ toda a execução de serviços públicos, é *neoliberal*”.²⁷⁹

De igual sorte, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO tece críticas ao ideário gerencial, embora não da forma incisiva (e não imersa no pensamento marxista) como fazem os autores acima referidos. O alvo maior de ataque da autora é a figura das Organizações Sociais e o consequente Programa Nacional de Publicização (normatizados na Lei nº 9.637/98). Sobre o tema, aduz que embora o Plano Diretor da reforma fizesse referência ao projeto das OS como um projeto de “publicização”, que viria permitir a descentralização da prestação de serviços sociais, o que ocorre na realidade, a partir da leitura da Lei nº 9673/98, é que o contrato de gestão funciona como instrumento de *fomento*, e, portanto, incentivo à iniciativa privada, e não como forma de descentralização.²⁸⁰ Nessa medida, para a autora, “é curioso falar-se em Programa Nacional de Publicização quando, na realidade, o que está sendo idealizado é exatamente a privatização [...]”.²⁸¹

Remata a autora:

Embora o Plano Diretor fale em *publicização* e a própria Lei nº 9.637/98 [...] fale em *Programa Nacional de Publicização* para definir a forma como se substituirá uma entidade pública por uma entidade particular qualificada

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 312-313. Tradução livre.

²⁷⁹ VIOLIN. **Terceiro Setor...**, *op. cit.*, p. 202.

²⁸⁰ “A intenção do Governo é a de transferir para entidades qualificadas como organizações sociais atividades hoje desempenhadas por órgãos públicos. Só que a entidade prestará o mesmo serviço, não mais como serviço público (daí excluir-se a ideia de descentralização) e sim como atividade privada de interesse público, a ser fomentada pelo Estado mediante a celebração do contrato de gestão” (DI PIETRO. **Parcerias...** *op. cit.*, p. 267).

²⁸¹ *Idem*.

como organização social, não há dúvida quanto a tratar-se de um dos muitos instrumentos de *privatização* de que o Governo vem se utilizando para diminuir o tamanho do aparelhamento da Administração Pública. A atividade que era prestada pelo Poder Público, no regime jurídico publicístico, passa a ser prestada por entidade privada, no regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por normas publicísticas; a entidade pública é substituída por uma entidade privada.²⁸²

Também Fernando Borges MÂNICA parece se ater a esta questão da “publicização” como privatização, aduzindo em passagem esclarecedora:

Dois significados, portanto, podem ser atribuídos ao termo publicização. O primeiro refere-se à prestação de serviços de interesse público por entidades do terceiro setor, formadas pela sociedade civil e com apoio do Estado. O segundo, diz respeito à transformação de entidades públicas em entidades privadas sem fins lucrativos. Evidentemente, a segunda opção, defendida e apoiada pelo Plano Diretor de Reforma do Estado brasileiro, revela uma contradição [...].²⁸³

A despeito dessas críticas, o próprio arauto da Reforma Gerencial brasileira, Luiz Carlos Bresser Pereira, já se defendia de ataques semelhantes por parte daqueles que o acusavam, à época, de ser neoliberal, afirmando que, ao contrário do que parecia, não pregava o neoliberalismo, e sim algo um pouco diverso, que denominou “Social-Liberalismo Democrático”.²⁸⁴ Especificamente em relação ao programa de publicização, afirmou que a proposta de aumento da esfera pública não-estatal não significaria uma privatização das atividades estatais, mas sim uma ampliação do “caráter democrático e participativo da esfera pública”,²⁸⁵ no que Montañó ofereceu resposta em sua obra, já mencionada.

Não se concorda, humildemente, com a identificação do gerencialismo com o neoliberalismo. Ainda que ambas as correntes pareçam beber da mesma fonte e possuírem o mesmo ancestral comum, uma identificação entre ambas não passa de generalização apressada. No entanto, tal discordância não implica reconhecer que as críticas acima efetuadas são em todo carentes de repercussão.

Nesse prisma, cumpre reprisar o que já se disse acima em oportunidade anterior, para realçar que não se pretende aqui emitir juízo de valor algum acerca

²⁸² DI PIETRO. *Curso... op. cit.*, p. 497. Para a autora, no particular das Organizações Sociais, “o real objetivo parece ser o de **privatizar a forma de gestão de serviço público** delegado pelo Estado” (*Ibidem*, p. 496).

²⁸³ MÂNICA. *Terceiro Setor... op. cit.*, p. 49. Prossegue o autor afirmando que a publicização como privatização mascarada “[...] é evidente, pois a propriedade que antes era *pública estatal* passa a ser *pública não-estatal*: verifica-se, portanto, um processo de transferência da propriedade pública estatal para a iniciativa privada, ainda que destinada ao atendimento do interesse público” (*Ibidem*, p. 50).

²⁸⁴ BRESSER PEREIRA. *Uma Nova Gestão... op. cit.*

²⁸⁵ BRESSER PEREIRA. *Reforma do Estado... op. cit.*, p. 248.

das propostas e do ideário dos gerencialistas. Apenas se discutem seus projetos no âmbito do Programa de Publicização, a fim de embasar a análise presente sobre a lógica das parcerias da Administração Pública com o “terceiro setor”. As críticas que ora são reproduzidas não são tomadas como nossa posição, mas apenas como as mais importantes manifestações contrárias às propostas do governo FHC. A finalidade, aqui, não passa da mera exposição, a fim de que note o leitor – se assim lhe aprouver – a falha de algumas argumentações gerenciais.

3.3.2. Considerações críticas acerca dos dispositivos da Lei nº 9.637/98 e da Lei nº 9.790/99: qualificação, licitação e controle pelo Tribunal de Contas

Num segundo aspecto, muitos autores, ainda que sem criticar a lógica gerencial e acusar de neoliberais suas premissas e pretensões, atacaram fortemente o modo como, na legislação, foram retratadas suas intenções. No campo da “publicização”, a lei das Organizações Sociais – Lei nº 9.637/98 – foi duramente atacada em diversos de seus dispositivos. Da mesma forma, a lei das OSCIP – Lei nº 9.790/99 – também não passou imune a críticas; contudo, em relação a este diploma, os ataques foram mais contidos e acabaram superados pelos elogios.²⁸⁶

Os autores que dirigem as mais importantes críticas e que se concentram com mais afinco nesta perspectiva são, ao que nos parece, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. Não se pode deixar de mencionar também Marçal JUSTEN FILHO, Paulo MODESTO, Juarez FREITAS, Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Sílvio Luís Ferreira da ROCHA, que também trazem apontamentos – quando não críticos, ao menos “preventivos” – com relação à atuação das entidades do “terceiro setor” na provisão de serviços de interesse público.

Acusando o modo de atuação das OS,²⁸⁷ pontua Maria Sylvia Zanella DI PIETRO que “fica muito clara a intenção de fugir ao seu enquadramento entre as

²⁸⁶ Reproduzindo esta visão, notou Juarez Freitas: “A maior parte dos desalinhos apontados em relação às OSs não se repete no regime das organizações da sociedade civil de interesse público/OSCIPs, também integrantes do Terceiro Setor” (FREITAS. *op. cit.*, p. 448). Também Maria Tereza Fonseca Dias: “Os termos de parceria, em certa medida, conseguiram aperfeiçoar o modelo do contrato de gestão [...]” (DIAS. *op. cit.*, p. 300).

²⁸⁷ “Pela forma como a matéria está disciplinada na esfera federal, são inegáveis o conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão” (DI PIETRO. **Parcerias...** *op. cit.*, p. 269).

entidades da Administração Indireta e, em consequência, ao regime jurídico imposto às mesmas, como licitação, concurso público e controle”. No entanto, prossegue a autora, considerando que tais entidades administram bens públicos, “não é possível que fiquem inteiramente à margem de determinados preceitos publicísticos, sob pena de burla aos preceitos constitucionais que regem a Administração Pública”.²⁸⁸

Daí, conclui a autora que as OS são “entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público”.²⁸⁹ Para corrigir tal falha estrutural, recomenda DI PIETRO que, com relação às Organizações Sociais, e a fim de proteger o núcleo essencial do regime jurídico publicístico, seria necessário, no mínimo: (i) exigência de licitação para a escolha da OS parceira; (ii) comprovação de prévia existência da pessoa jurídica (para evitar as OS-fantasmas); (iii) demonstração de qualidade técnica e idoneidade financeira; (iv) observância dos princípios licitatórios de estilo; (v) limitações salariais aos empregados; (vi) prestação de garantia real por parte da entidade, pelo fato de administrar patrimônio público.²⁹⁰ Tais exigências são, para a autora, inafastáveis: “Ainda que a eficiência fique devidamente demonstrada, sempre será necessário fazer prevalecer o Direito [...]”.²⁹¹

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO também ataca de modo ferrenho a legislação das organizações sociais:

[...] a lei disciplinadora das ‘organizações sociais’ pretendeu, inconstitucionalmente, permitir que travem contratos administrativos com o Poder Público sem licitação e sem qualquer cautela, mesmo a mais elementar, resguardadora dos princípios constitucionais [...].²⁹²

A seguir, constata o autor quatro pontos básicos que, em sua visão, denotam absurda inconstitucionalidade na legislação das OS (Lei nº 9.637/98). O primeiro deles é que, para a qualificação da entidade, não há previsão legal da

²⁸⁸ DI PIETRO. **Curso...** *op. cit.*, p. 491. Para a autora, “O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio”. (DI PIETRO. **Parcerias...** *op. cit.*, p. 269).

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 269-270.

²⁹⁰ *Idem*. Some-se a estas exigências aquela condizente à prestação de contas no âmbito dos Tribunais de Contas, por força da exigência contida no art. 70, parágrafo único, da Constituição da República. (*Ibidem*, p. 285).

²⁹¹ *Ibidem*, p. 286.

²⁹² BANDEIRA DE MELLO. *op. cit.*, p. 234.

necessidade de demonstração de habilitação técnica ou financeira, bastando a aprovação do Ministro da área competente: para o autor, trata-se de uma “discrecionalidade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude”.²⁹³ Em segundo lugar, critica o autor a disposição do art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, que dispensa a licitação nos “contratos” entre o Estado e as OS, vez que não enxerga razão para tanto. Uma terceira crítica dirige-se à absorção de servidores públicos e ao recebimento de recursos do Erário pelas OS, sem um procedimento regular, o que para Bandeira de Mello consubstancia uma aberrante ofensa ao art. 175 da Constituição. Em último lugar, considera o autor que a prestação dos serviços “publicizáveis” também deve se dar diretamente pelo Estado (em destaque, por conta do que dispõem os artigos 196, 205 e 208 da Constituição), o qual não pode eximir-se da responsabilidade de prestá-los, adjudicando-os às organizações sociais. Diante disso, conclui:

Isto posto, não é difícil perceber-se que as qualificações como organização social que hajam sido ou que venham a ser feitas nas condições da Lei 9.637, de 15.5.98, são inválidas, pela flagrante inconstitucionalidade de que padece tal diploma. Assim, expõem-se abertamente a serem fulminadas por ações populares (Lei 4.717, de 29.6.65) e a que os responsáveis por tais atos de benemerência com recursos públicos, tanto quanto os beneficiários deles, respondam patrimonialmente pelo indevido uso de bens e receitas públicas (art. 11 da citada lei).²⁹⁴

Refletindo, do mesmo modo, uma postura assaz combativa no que concerne à disciplina jurídica das Organizações Sociais, Juarez FREITAS constata que as OS “ocupam zona mesclada, partícipes de dois mundos, o público e o privado, eis que integrantes do Terceiro Setor, porém com alta nebulosidade em matéria de regime”.²⁹⁵ Por conta de uma série de inconsistências, adiante explicitadas, pensa o autor que “o regime das OSs desponta como espécie paradoxal”, exacerbadamente politizado e que visa, quiçá, com o termo “publicização”, uma privatização dissimulada pela contraditória estatização de uma parcela do “terceiro setor”.²⁹⁶

²⁹³ *Ibidem*, p. 238.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 240.

²⁹⁵ FREITAS. *op. cit.*, p. 442. Para o autor, no campo das regras, o domínio deve ser do regime jurídico de direito privado; entretanto, no campo dos princípios, a prevalência absoluta deve ser do regime jurídico publicístico (*Ibidem*, p. 443). Isto porque, disserta o autor, “qualquer parceria qualificada com o Estado há de ser disciplinada por princípios publicistas” (*Ibidem*, p. 446), visto que “por força da contribuição de recursos orçamentários e bens do Estado, impõe-se alto grau de comprometimento com os ditames publicistas, mas sem pseudopublicização” (*Idem*).

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 442-443. O autor teme que, de fato, a “publicização” se converta em privatização, na medida em que, qualificada como OS, a entidade está habilitada a assumir funções desempenhadas por entidades do Estado, que serão então extintas (*Ibidem*, p. 445-446). E aponta: “Constata-se, pois, impressionante somatório

A partir dessa análise, aponta o autor cinco principais inconsistências que podem ser vistas na Lei nº 9.637/98: (i) discricionariedade na qualificação da entidade; (ii) discricionariedade na desqualificação da entidade (o autor é um dos poucos a tratar do assunto); (iii) exigência de participação de membros do Poder Público no Conselho Deliberativo; (iv) falta de requisitos específicos no diploma, que é muito genérico; (v) absorção da entidade estatal pela OS.²⁹⁷

Daí concluir o autor que “o diploma de regência das OSs merece ser revisto legislativa e interpretativamente, [...] devendo o legislador cuidar para que o Terceiro Setor atue somente de modo sinérgico com a esfera estatal [...]”.²⁹⁸ E remata:

Quer-se o Estado que assuma, processual e substancialmente, o qualificativo ‘Democrático’, sem renunciar às funções regulatórias e à indeclinável titularidade em matéria de serviços públicos, mas que saiba, ao fim e ao cabo, promover, com respeito ao princípio da subsidiariedade, a robusta e emancipacionista participação social, com o auxílio do Terceiro Setor, no desiderato de promover, de modo vigoroso, o desenvolvimento humano.²⁹⁹

Ao tratar do tema (embora sem denotar posicionamento contrário às OS e OSCIP), Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA aponta que é comum ocorrer o repasse de verbas públicas a entidades privadas. E prossegue afirmando que:

[...] quando tais repasses financeiros são realizados em prol de uma entidade privada não lucrativa, tal entidade, além de se submeter ao regimento especial que disciplina a atividade de interesse público que será por ela desenvolvida – e que justifica e fundamenta o repasse efetivado – deverá também se submeter, *desde que isso esteja expressamente previsto em lei*, às regras, aos princípios e aos procedimentos que regem o emprego, a gestão e o controle de recursos financeiros públicos.³⁰⁰

O autor também faz outras ressalvas importantes, em texto de autoria conjunta com Fernando Borges MÂNICA:

de imprecisões que desafiam o saneamento legislativo ou interpretativo” (*Ibidem*, p. 445). Justamente por causa de tais “brechas deixadas ao desvirtuamento”, o autor acredita que “o modelo federal das OSs deve ser entendido como pouco propício à concretização dos princípios e regras que regem as relações de administração” (*Ibidem*, p. 446).

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 447-448. Para Freitas, o mais sério equívoco do diploma consiste na última crítica exposta, sobre a qual o autor comenta: “[...] a mais penetrante ressalva tem a ver com o modo solto pelo qual as OS passaram a poder absorver atividades desenvolvidas por entidades públicas extintas, desfigurando a precípua natureza complementar e não-substitutiva do Terceiro Setor”. (*Ibidem*, p. 448).

²⁹⁸ *Idem*.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 454.

³⁰⁰ OLIVEIRA. **Gestão privada...** *op. cit.*, p. 230. Frise-se que se trata de simples comentário do autor, o que não reflete uma posição combativa sua, haja vista ser o autor um dos mais fervorosos adeptos da necessidade da experimentação do fenômeno do “terceiro setor” na prestação de serviços sociais (*Ibidem*, p. 255). Neste sentido, exprimindo o pensamento do autor, vide seu artigo de autoria conjunta com Fernando Borges Mânica: MÂNICA. **Organizações da Sociedade...** *op. cit.*

Cumpra ressaltar que a OSCIP deve atuar de forma distinta do Poder Público parceiro, ou seja, deve ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela entidade pública e as atividades desenvolvidas pela OSCIP. É importantíssimo que tal distinção fique evidenciada, impedindo-se assim a caracterização de uma forma ilegal de terceirização de serviços públicos. Afinal, o termo de parceria é instrumento criado para que entidades do terceiro setor recebam *incentivo* para atuar *ao lado* do ente público, *de maneira distinta dele*, e não para que substitua tal ente, fazendo as vezes do Poder Público.³⁰¹

Por seu turno, Sílvio Luís Ferreira da ROCHA ataca frontalmente o conteúdo do art. 2º, II, da lei 9.673/98 (competência discricionária para a qualificação da OS), afirmando que há aí violação ao princípio da igualdade. E oferece uma alternativa: a realização de procedimento licitatório (dispensado pelo art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93) para a seleção da Organização Social parceira a celebrar o consequente contrato de gestão.³⁰²

Dignos de nota os apontamentos de José Anacleto Abduch SANTOS:

Embora não se cogite de submissão absoluta dos entes privados ao regime jurídico peculiar à Administração Pública, parece certo que, ao menos o regime de direito privado a que estão sujeitas em face de sua natureza jurídica será parcialmente derogado em virtude de determinadas circunstâncias. Estas circunstâncias envolvem (a) a realização de atividade de natureza estatal, e, (b) a gestão de recursos públicos. A presença destas duas circunstâncias, em conjunto ou isoladas, exigem a aplicação do regime jurídico administrativo, [...] ainda que de forma parcial.³⁰³

O autor também faz uma abordagem bastante holista acerca da aplicação do princípio licitatório em relação às entidades do “terceiro setor” parcerias do Estado (OS e OSCIP), diferenciando a necessidade da realização de licitação com base em dois momentos distintos: a escolha da entidade para firmar a parceria e, posteriormente, as compras a serem feitas pela entidade parceira.³⁰⁴ Conclui o autor

³⁰¹ MÂNICA. **Organizações da Sociedade...** *op. cit.*

³⁰² ROCHA. *op. cit.*, p. 136-137. Interessante análise é feita pelo autor, adiante na mesma obra, quando aborda a questão da responsabilidade estatal pelos atos da Organização Social parceira (*Ibidem*, p. 183-188). Ainda sobre o tema da responsabilidade, especificando para o caso das Organizações Sociais, cf. ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. São Paulo: Malheiros, 2009.p. 235-244.

³⁰³ SANTOS. *op. cit.*, p. 295. No mesmo sentido posiciona-se Márcia Pelegrini: “[...] quando as entidades do terceiro setor os prestam [os serviços repassados], o fazem sob o regime de direito privado, mas de forma diferenciada dos particulares que prestam tais serviços, eis que, sendo elas entidades sem fins lucrativos, recebem repasses de dinheiro público para atuarem ao lado do Estado, desempenhando de forma complementar atividades da responsabilidade deste. Assim, é de se considerar que o regime de direito público deve necessariamente incidir, uma vez que estão envolvidos recursos públicos, estando tais entidades necessariamente sujeitas ao controle do Tribunal de Contas” (PELEGRINI, Márcia. **Terceiro Setor: gestão privada de recursos públicos**. In: Revista de Direito do Terceiro Setor, ano 1, nº 2, jul.2007. p. 51-104).

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 296-307. Também Márcia Pelegrini se dispõe a tratar de forma bastante detida a questão da obrigatoriedade ou não de licitação na esfera das entidades do “terceiro setor” que desempenham funções públicas, concluindo, ao arrepio do entendimento do TCU, pela não submissão de tais entidades aos rígidos

que é, sim, necessária a observância do princípio licitatório pelas OS e OSCIP (salvo hipótese de dispensa ou inexigibilidade), com base em regulamentos próprios a serem editados pelas entidades.³⁰⁵

De sua parte, adverte Romeu Felipe BACELLAR FILHO, citando Celso Antônio Bandeira de Mello, que “[...] a criação de organizações sociais não poderá eximir o Estado de manter a prestação dos serviços lhe imputados”, de modo que “[...] só poderão ‘existir complementarmente, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe irrogou’”.³⁰⁶ Sob outro prisma, o autor disserta acerca da hipótese de dispensa de licitação do art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, e, com base no Acórdão nº 421/2004 do Tribunal de Contas da União, conclui que tal dispensa não é automática, senão exige o cumprimento de requisitos em relação à pessoa da OS (que deve ser regularmente qualificada) e requisitos em relação ao objeto contratado (que deve se coadunar àquele do contrato de gestão).³⁰⁷ O autor tece, ainda, comentários acerca da necessidade de submissão da organização social a controle externo, no âmbito do Tribunal de Contas, em virtude do disposto no art. 70, § único, da Constituição Republicana.³⁰⁸

Também Marçal JUSTEN FILHO embrenha-se numa análise mais crítica sobre o tema, pontuando, em relação às entidades do “terceiro setor”, que “não são integrantes da Administração Pública. Mas isso não significa ausência de incidência de princípios, regras e formalidades próprias do direito público”.³⁰⁹ Noutra oportunidade, com relação à questão licitatória envolvendo as organizações sociais (art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93), ponderou o autor não ser lícito afirmar que a Administração Pública é livre para realizar o contrato de gestão, porquanto este “[...] não é uma espécie de porta aberta para escapar das limitações do direito público”.³¹⁰ Daí, para o autor, a obrigatoriedade de incidência dos princípios

procedimentos da Lei nº 8.666/93, o que não implica, entretanto, dizer que não devem respeitar aos princípios básicos que regem a Administração Pública. (PELEGRINI. *op. cit.*).

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 307.

³⁰⁶ BACELLAR FILHO. *O regime jurídico...* *op. cit.*, p. 256.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 262-268.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 257-261. Sobre o tema do controle das entidades do “terceiro setor” pelo Tribunal de Contas, vide, por exemplo, os seguintes estudos: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Os tribunais de contas e o Terceiro Setor: aspectos polêmicos do controle.** In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 309-331; BUGARIN, Paulo Soares. **O TCU e a fiscalização dos contratos de gestão.** In: Fórum de Contratação e Gestão Pública, v.6, n. 65, maio 2007. p. 25-36. Num sentido mais amplo, abordando todas as modalidades possíveis de controle da Administração sobre o “terceiro setor”, vide DIAS. *op. cit.*, p. 364-425.

³⁰⁹ JUSTEN FILHO. *Curso...* *op. cit.*, p. 203.

³¹⁰ JUSTEN FILHO. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** São Paulo: Dialética, 2008. p. 330. Tal comentário, ressalta o autor, aplica-se não somente às Organizações Sociais, sendo extensível também às OSCIP: “O termo de parceria está para a organização da sociedade civil de interesse público como o

fundamentais da licitação também na seara das Organizações Sociais, com base na indisponibilidade do interesse público e na isonomia.³¹¹³¹²

Nesse prisma, preleciona Vladimir da Rocha FRANÇA:

[...] cabe ao Poder Público regular, fiscalizar e intervir na prestação dos serviços públicos sociais. Posicionando-se o particular na posição de integrante do terceiro setor, é imperiosa a observância dos preceitos instituídos pelo Estado para o desenvolvimento dessas atividades de relevante interesse coletivo, sendo-lhe concedida a preferência na recepção de recursos públicos.³¹³

Merece menção, por fim, o posicionamento de Paulo MODESTO, que aborda as desvantagens da concessão de títulos às entidades do “terceiro setor” por parte da Administração Pública. Como espécies do que o autor denomina “efeitos perversos”, elenca em primeiro lugar a possibilidade de certificação indevida, realizada sem critério algum, ou com base em critérios frouxos, ou em fraude – extremamente possível no caso das Organizações Sociais (o que provoca, para o autor, a erosão da credibilidade do título). A segunda possibilidade refere-se a uma padronização excessiva de vantagens e obrigações em relação a entidades muito distintas entre si (decorrente da generalidade das exigências). Por fim, a terceira desvantagem que menciona o autor reporta-se ao risco de insegurança jurídica, provocada por reiterados descumprimentos e desvios do objeto pactuado.³¹⁴

Analisando a fundo a legislação das OS, o autor nota que o modelo ali previsto não é perfeito nem imune a desvios. Uma primeira correção poderia ser feita, para Modesto, exigindo-se a prévia existência de patrimônio e qualificação

contrato de gestão está para a organização social. A natureza jurídica de ambas as figuras é similar. Portanto e nas condições antes expostas, deve adotar-se licitação para seleção de uma entidade a ser beneficiada por recursos e verbas públicas” (*Ibidem*, p. 332).

³¹¹ *Ibidem*, p. 330. Daí a crítica que faz o autor com relação à indevida discricionariedade da escolha da organização social pelo poder público. Discricionariedade esta que, como bem nota, foi corrigida na disciplina das OSCIP. Para Justen Filho, a criação da nova figura das OSCIP “merece aplausos pela correção de alguns defeitos sérios na disciplina da organização social e pela destinação ao atendimento de outras necessidades”. Um dos defeitos corrigidos, segundo o autor, refere-se justamente ao estabelecimento de “requisitos objetivos para a obtenção da qualificação de OSCIP”. (JUSTEN FILHO. **Curso...** *op. cit.*, p. 208).

³¹² As conclusões obtidas por Justen Filho são compartilhadas por Tarso Cabral Violin, que também defende a necessidade de observância dos princípios licitatórios para a seleção da entidade do “terceiro setor” – OS ou OSCIP – a firmar o ajuste com o Poder Público (embora com algumas diferenças pontuais entre as espécies no tocante ao procedimento). (VIOLIN. **Terceiro setor...** *op. cit.*, p. 260-263 e 268-274).

³¹³ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor**. In: Revista Interesse Público, v.7, n. 34, nov./dez. 2005. p. 89-106. A seguir, o mesmo autor prossegue constatando a controvérsia acerca da incidência do princípio da licitação na prestação de serviços públicos sociais pelo terceiro setor, e conclui que, embora a licitação não seja obrigatória, deve haver motivação do ato administrativo fomentador (que repassa os recursos). Por fim, quanto à responsabilidade da entidade, o autor remata aduzindo que esta segue as mesmas regras da responsabilidade estatal, sendo o Estado subsidiariamente responsável.

³¹⁴ MODESTO. **Reforma do marco legal...** *op. cit.*

técnica especial por parte da entidade a ser qualificada como Organização Social.³¹⁵ Outra correção seria suprir a omissão legislativa quanto à necessidade de o Estado exigir, no contrato de gestão, contraprestação em termos de gratuidade do serviço a ser prestado. Em terceiro lugar, aponta a importância de se utilizar o contrato de gestão com as OS como forma de *ampliação* da prestação de serviços de interesse público, não implicando – como queriam os reformistas – a necessária extinção da entidade ou órgão público que antes prestava o serviço.³¹⁶

Com relação ao título de OSCIP, o autor também identifica uma inconsistência legal, consubstanciada no art. 18 da Lei nº 9.790/99. Modesto afirma ser tal disposição contraditória aos interesses do legislador, na medida em que não faz sentido uma entidade se qualificar como OSCIP e perder os demais títulos já conquistados. Outro alvo de ataque na lei é a grave lacuna no que diz respeito à liberação de recursos financeiros do Estado à entidade em resposta ao termo de parceria celebrado: não consta da lei, na visão do autor, limitação para tal atividade de fomento.³¹⁷

Maria Tereza Fonseca DIAS bem resume as críticas dirigidas pela doutrina à Lei nº 9.637/98:

O posicionamento da doutrina [...] pressupõe que o Programa de Publicização foi instituído tão-somente para que determinadas atividades ou serviços públicos – antes prestados diretamente pela administração pública – pudessem ser transferidos, de maneira discricionária e sem licitação, (*sic*) a entidades privadas sem fins lucrativos, como forma de burla ao regime jurídico administrativo [...].³¹⁸

Importa mencionar, a título de desfecho com relação às críticas dirigidas às entidades do “terceiro setor” atuantes em parceria com o Estado, que a Lei nº 9.637/98 – como visto, instituidora do título de Organização Social – está sendo alvo de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, pela via de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

A primeira delas, a ADIN nº 1923-6, foi proposta em conjunto pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT),³¹⁹ e impugna

³¹⁵ É o mesmo requisito que Maria Sílvia Zanella DI PIETRO aponta como fundamental para evitar a qualificação de “Organizações Sociais fantasmas” (DI PIETRO. **Curso...** *op. cit.*, p. 497).

³¹⁶ MODESTO. **Reforma do marco legal...** *op. cit.*

³¹⁷ *Idem.*

³¹⁸ DIAS. *op. cit.*, p. 200. Adiante, interessante analisar os apontamentos da autora acerca das tendências e propostas legislativas para o tema do “terceiro setor” (*Ibidem*, p. 234-239).

³¹⁹ Contando hoje com outros tantos participantes na qualidade de *amicus curiae*.

em integralidade a lei das OS.³²⁰ O requerimento cautelar liminar foi por maioria indeferido, conforme se lê na ementa a seguir:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, *CAPUT*; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, *CAPUT*; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO *PERICULUM IN MORA*.

1.Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

2.Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva.

3.Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar.

4.Medida cautelar indeferida.

Cumpre pontuar que o julgamento final de referida ADIN resta pendente até o presente momento (embora tenha sido proposta em 1998); no entanto, há dois pedidos da Presidência da República requerendo prioridade na tramitação do feito, ambos do ano de 2009, e o Parecer da Procuradoria-Geral da República, também juntado em 2009, opinando pela parcial procedência da demanda. Parece-nos que o julgamento final de referida ADIN não restará prolongado por mais muito tempo.

De outra parte, há a ADIN nº 1.943-1, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que impugna alguns dispositivos específicos da lei das OS. Este pleito, distribuído em 1999, resta sobrestado desde 2003 até o julgamento final da ADIN nº 1.923-6, acima referida.

Ao que se espera, a situação de indefinição com relação aos controversos dispositivos da Lei nº 9.637/98 – controvérsias estas que foram apenas superficialmente pinceladas acima – será em breve resolvida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações diretas mencionadas. O indeferimento da liminar

³²⁰ Para aprofundamento acerca do teor de referida Ação Direta de Inconstitucionalidade e algumas opiniões acerca do assunto, vide: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à Medida Cautelar da ADIn nº 1.923-DF**. In: Revista de Direito do Estado, ano 2, nº 8, out./nov./dez. 2007. p. 345-382. E também: DIAS. *op. cit.*, p. 196-199.

cautelar requerida, parece-nos, não implicará a desnecessidade de um reexame mais profundo da questão por parte dos Ministros, o que nos permite adotar uma posição relativamente otimista em relação às possíveis correções que possa merecer a lei atacada.

Independentemente do tão aguardado julgamento das ações diretas, repercussões práticas das falhas legislativas atacadas são sentidas desde o início no país: são esparsas as Organizações Sociais federais em comparação à infinidade de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público que foram qualificadas e celebraram os respectivos termos de parceria com o Executivo Federal.

Como se fez anteriormente, não se tomará partido acerca da pertinência ou não das inconsistências legais apontadas pela doutrina.³²¹ Muitos são os defensores destas novas modalidades de parceria entre Estado e Sociedade Civil na execução de atividades de interesse público/social, ao passo que, de outra banda, inúmeros também são os autores que combatem e atacam ferrenhamente as propostas gerenciais consubstanciadas no programa de publicização e, mais concretamente, o modo como tal ideário foi reproduzido na legislação federal.

Basta, portanto, o que tecemos acima com relação às críticas feitas ao ideário gerencial do programa de publicização, motivo pelo qual colocamos aqui nosso ponto final.

³²¹ Esta opção é compartilhada, na poesia, pelo imparcial Carlos Drummond de Andrade, que em seu **Conversa Informal com o Menino**, afirma: “Não vou queixar-me da vida ou falar (mal) do governo brasileiro”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema a que se propôs discorrer nesta pesquisa, longe de arcaico e ultrapassado como imaginam alguns – por conta de uma suposta reversão da Reforma Gerencial durante o Governo “Lula” –, é assunto de atual efervescência e debate, tanto no plano doutrinário quanto no plano jurisprudencial e, principalmente, legislativo.

As Organizações Sociais e, em ainda maior medida, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, estão longe de constituírem modelos rústicos e rudimentares, carentes de utilidade prática e esquecidos pelos administradores. Ao revés, o que se aguarda, em virtude das críticas apontadas, é sua reformulação – quer jurisprudencial, pela via das Ações Diretas de Inconstitucionalidade mencionadas, quer legislativa.

Nessa senda, é importante destacar a existência de um Anteprojeto de “Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração”, formulado por uma comissão de juristas e já encaminhado ao Executivo federal, que pretende justamente reformar, de acordo com as inspirações e os influxos mais modernos, as disposições contidas no Decreto-Lei nº 200/67, que trata da estrutura administrativa estatal brasileira. Referido anteprojeto – que é, aliás, alvo de estudo numa interessantíssima obra coordenada por Paulo Modesto –³²² adota, de forma quase que explícita, a classificação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, separando Entidades Estatais (Administração direta e indireta, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais), Entidades Paraestatais (serviços sociais autônomos e corporações profissionais) e Entidades de Colaboração.³²³

Tais “entidades de colaboração” constantes do anteprojeto parecem se referir justamente às organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, ora estudadas, haja vista que o art. 73, §3º, de referido anteprojeto prevê que o vínculo entre os Entes de Colaboração e o Estado, no gênero de “contrato público de colaboração”, poderá ser um termo de parceria, um contrato de gestão, convênio ou outra modalidade prevista em lei específica.

³²² MODESTO, Paulo. **Nova Organização Administrativa Brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

³²³ Cf. MOREIRA NETO. **Curso...** *op. cit.*, p. 266-281.

O anteprojeto, no particular das entidades do “terceiro setor” parceiras do Estado,³²⁴ parece corrigir as falhas mais graves da Lei nº 9.637/98 e até algumas imprecisões da Lei nº 9.790/99, trazendo disposições acerca da qualificação, procedimento de escolha, restrições à pactuação e etc. Não se deve mais discorrer aqui sobre tal anteprojeto, trazendo-o apenas como informação. Inobstante, certamente a aprovação de tal proposta da comissão de juristas, com ou sem emendas por parte do Congresso, acarretará mudanças no entendimento de algumas regras envolvendo as OS e OSCIP, que certamente demandarão nova análise dos juristas brasileiros e novos debates sobre a temática – o que, quiçá, será alvo de nossa análise noutra oportunidade.

De outro giro, já constataram Herbert AGE JOSÉ e Belmiro Jobim CASTOR,³²⁵ conforme se apontou no início desta pesquisa, o caráter cíclico das reformas e contra-reformas do aparelhamento estatal brasileiro (notadamente, o aparato administrativo). E, ao que parece, seus apontamentos são absolutamente pertinentes, tendo em mente o histórico evolutivo da administração pública brasileira. Fato é que tal noção de circularidade entre reforma e contra-reforma parece-nos ínsita à própria alternância dos governantes no poder, retrato por sua vez da pluralidade partidária decorrente do progresso de nossa democracia, cada vez mais participativa.

Vive-se atualmente uma fase de reversão, de contra-reforma gerencial, ou será tal fase, na verdade, uma nova reforma burocrática, que se pretende coadunar às disposições da Constituição de 1988? Manter-se-á tal postura mais estatista e intervencionista no próximo quadriênio presidencial, a se iniciar no ano próximo, ou assistiremos uma nova postura governamental, pretendendo retomar a incompleta reforma gerencial?

São perguntas como estas, irrespondíveis a não ser pelo inevitável transcurso do tempo, que tornam mais importante o cuidado que tivemos ao nos imergirmos na presente pesquisa: um cuidado muito mais histórico, pautado nas razões para a institucionalização de determinado modelo, do que pragmático, pautado meramente na estática sincrônica de um diploma legislativo (que,

³²⁴ Comentários sobre esta abordagem podem ser extraídos de: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração**. In: MODESTO, Paulo (coord.). **Nova Organização Administrativa Brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 227-244.

³²⁵ AGE JOSÉ. *op. cit.*

inegavelmente, é fruto de um ideário que o embasa).³²⁶ Ao nosso humilde entender, somente um raciocínio jurídico comprometido com um viés histórico pode explicar a complexidade da realidade normativa vigente, na exata medida em que consegue demonstrar, sem frustrar o operador do direito, o motivo das institucionalizações, alterações e revogações legislativas (que constituem apenas um dos aspectos a serem analisados pelo intérprete e/ou aplicador).³²⁷

A noção histórica de constante desconstrução e reconstrução, ou melhor, de progressiva descontinuidade,³²⁸ é a única, cremos, que logra explicar exitosamente, em termos jurídicos, o porquê de “o mundo girar”. Furtamo-nos, à guisa de conclusão, dos ensinamentos do mestre Marc Bloch, que, após concluir que a incompreensão do tempo presente nasce invariável e fatalmente da ignorância sobre o passado, rematou: “[...] a ignorância do passado não se limita a prejudicar a compreensão do presente; compromete, no presente, a própria ação”.³²⁹

³²⁶ Como já disse Carlos Drummond de ANDRADE no poema **Nosso Tempo, I**: “As leis não bastam. Os lírios não nascem das leis”.

³²⁷ Cabe, aqui, reproduzir a indagação feita por Marc Bloch: “Em particular, como não experimentar com mais força esse sentimento em relação à história, ainda mais claramente predestinada, acredita-se, a trabalhar em benefício do homem na medida em que tem o próprio homem e seus atos como material?” (BLOCH, Marc. **Apologia da História, ou, o ofício do historiador**. trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 45).

³²⁸ Já afirmou Bloch: “[...] a história não é a relojoaria ou a marcenaria. É um esforço para o conhecer melhor: por conseguinte, uma coisa em movimento. Limitar-se a descrever uma ciência tal qual é feita será sempre traí-la um pouco. É mais importante dizer como ela espera ser capaz de progressivamente ser feita” (BLOCH. *op. cit.*, p. 46).

³²⁹ *Ibidem*, p. 63.

REFERÊNCIAS

AGE JOSÉ, Herbert Antonio; CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. **Reforma e Contra-reforma: a perversa dinâmica da Administração Pública Brasileira**. In: Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 32, nº 6, nov./dez. 1998. p. 97-111.

ALCOFORADO, Flávio Carneiro Guedes. **Contratualização e eficiência no setor público: as organizações sociais**. In: X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct. 2005. Disponível em www.bresserpereira.org.br

ALVES, Francisco de Assis. **Fundações, Organizações Sociais e Agências Executivas**. São Paulo: LTR, 2000.

ANDRADE, Regis de Castro; JACCOUD, Luciana (orgs.). **Estrutura e organização do poder Executivo**. Brasília: ENAP/SAF, 1993. 2 Volumes.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**. In: Revista de Direito do Estado, ano 1, nº. 1. p. 155-173.

ASSOCIAÇÃO Nacional de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental. **Reforma do Estado e Administração Pública: Diagnósticos e Propostas para o Novo Governo**. Brasília: Mimeo, 1994.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BANDEIRA, Manuel. *Poética*. In: _____. **Meus Poemas Preferidos**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBADO, Michelle Tonon. **O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e as Organizações Sociais: críticas ao modelo de Reforma do Estado Brasileiro**. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **O Novo Direito Administrativo Brasileiro: O Estado, as Agências e o Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 303-322.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins. **A experiência dos termos de parceria ente o poder público e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPS)**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 487-523.

BARRETO, Maria Inês. **As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro**. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill (orgs.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 107-150.

BEUX, Carla. **As formas de compatibilização da atuação do Estado no domínio econômico, o terceiro setor e o desenvolvimento social, sustentável**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003.

BLOCH, Marc. **Apologia da história, ou, o ofício do historiador**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, Luziânia C. Pinheiro. **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP): promoção e construção de (novos) direitos e assessoria jurídica de caráter suplementar**. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 261-280.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE/Secretaria da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: MARE, 1995.

_____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE/Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações Sociais**. Brasília: MARE, 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923-6, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 21/09/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1943-1, Rel. Min. Ayres Britto.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na construção do Brasil**. *In: Revista de Sociologia e Política*, nº 28, 2007. p. 9-30.

_____. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**. São Paulo: 34, 1996.

_____. **Da Administração Pública Burocrática à Gerencial**. *In: Revista do Serviço Público*, ano 47, jan./mar./abr. 1996, v. 120, nº 1. Brasília: ENAP.

_____. **Do Estado Patrimonial ao Gerencial**. *In: PINHEIRO, WILHEIM e SACHS (orgs.). Brasil: Um Século de Transformações*. São Paulo: Cia das Letras, 2001. p. 222-259.

_____. **Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995**. *In: D'INCAO, Maria Angela; MARTINS, Hermínio (orgs.). Democracia, Crise e Reforma: Estudos sobre a era Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 171-212.

_____. **Reforma do Estado para a Cidadania**. São Paulo: 34, 2002.

_____. **Uma Nova Gestão para um Novo Estado: Liberal, Social e Republicano**. *In: Revista do Serviço Público*, nº 52, janeiro de 2001. p. 5-24.

_____. GRAU, Nuria Cunill. **Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal**. *In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill (orgs.). O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 16-48.

BUGARIN, Paulo Soares. **O TCU e a fiscalização dos contratos de gestão**. *In: Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v.6, n. 65, maio 2007. p. 25-36.

CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. **Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas.** *In: Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar.* Curitiba: EDIBEJ, 1996. p. 115-134.

CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. **O Brasil não é para amadores: Estado, Governo e Burocracia na terra do jeitinho.** Curitiba: Travessa dos Editores, 2004.

COUTO E SILVA, Almiro. **Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas.** *In: Revista de Direito Administrativo*, v. 209, jul./ago./set. 1997. p. 43-70.

CUÉLLAR, Leila. **Os Novos Serviços Sociais Autônomos: Exame de um Caso.** *In: _____; MOREIRA, Egon Bockmann. Estudos de Direito Econômico.* Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 279-329.

DALLARI, Adilson Abreu. **Privatização, eficiência e responsabilidade.** *In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo: Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 211-231.

_____. **Processo Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Contratos de Gestão: contratualização do controle administrativo sobre a administração pública e sobre as organizações sociais.** *In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 2. São Paulo: 1996. p. 173-194.

_____. **Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração.** *In: MODESTO, Paulo (coord.). Nova Organização Administrativa Brasileira.* Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 227-244.

_____. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Parcerias na Administração Pública.** São Paulo: Atlas, 2005.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERNANDES, Rubem Cesar. **Privado porém público: o terceiro setor na América Latina**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor**. In: Revista Interesse Público, v.7, n. 34, nov./dez. 2005. p. 89-106.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Comentários à Reforma Administrativa Federal: exegese do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. São Paulo: Saraiva, 1975.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GIDDENS, Anthony. **A Terceira Via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. Trad. Maria Luiza X. A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. **Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na era da Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HOLLANDA, Francisco Buarque de. **Deus lhe pague**. In: _____. **Construção**. São Paulo: Phonogram/Philips, 1971.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. São Paulo: RT, 2001.

MACHADO, Regina Helena. **Reforma do Estado ou Reforma da Constituição?** Rio de Janeiro: Jumen Júris, 2001.

MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação**. In: Fórum Administrativo, ano 5, nº 49, mar. 2005. p. 5209-5351.

_____. **Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP**. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 163-194.

_____. **Terceiro Setor e Imunidade Tributária: Teoria e Prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARINI, Caio Márcio Ferreira. **Aspectos contemporâneos do debate sobre reforma da administração pública no Brasil: a agenda herdada e as novas perspectivas**. In: VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 Oct. 2003. Disponível em www.ijj.derecho.ucr.ac.cr.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **O Direito Administrativo em evolução**. São Paulo: RT, 2003

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MODESTO, Paulo. **Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil**. In: Revista do Serviço Público, nº 48, maio de 1997. p. 27-58.

_____. **Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de 'serviço público', 'serviços de relevância pública' e 'serviços de exploração econômica' para as parcerias público-privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 433-486.

_____. **Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil.** *In:* Revista de Direito Administrativo, nº 214, out./nov./dez 1998. p. 55-68.

MONTAÑO, Carlos. **Tercer Sector y Questión Social – Crítica al patrón emergente de intervención social.** São Paulo: Cortez, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98.** São Paulo: Atlas, 1999.

MORALES, Carlos Antônio. **A provisão de serviços sociais através de organizações públicas não-estatais.** *In:* BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill (orgs.). **O público não-estatal na reforma do Estado.** Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 51-86.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus ‘Vínculos Contratuais’ com o Estado.** *In:* CUÉLLAR, Leila; _____. **Estudos de Direito Econômico.** Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 259-277.

_____. **Processo Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Mutações do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Mutações do Direito Público.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Mutações nos Serviços Públicos.** *In:* WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (org.). **Direito Público – Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 211-236.

_____. **Políticas Públicas e Parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na Administração consensual.** *In:* Revista de Direito do Estado, ano 1, nº 1. p. 105-117.

_____. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. **A Administração Consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação.** *In:* Revista de Direito do Estado, ano 3, nº 10. p. 271-289.

_____. **As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à Medida Cautelar da ADIn nº 1.923-DF.** *In:* Revista de Direito do Estado, ano 2, nº 8, out./nov./dez. 2007. p. 345-382.

_____. **Contrato de Gestão.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Contrato de gestão e modernização da Administração Pública brasileira.** *In:* Revista Brasileira de Direito Público, v. 3, nº 10, jul./ago./set. 2005. p. 195-234.

_____. **Direito do Terceiro Setor.** *In:* Revista de Direito do Terceiro Setor, nº 1, jan./jun. 2007. p. 11-38.

_____. **Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP.** *In:* OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras entre o Público e o Privado.** Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 213-259.

PAES, José Eduardo Sabo. **Terceiro Setor: conceituação e observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública.** *In:* PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **O Novo Direito Administrativo Brasileiro: O Estado, as Agências e o Terceiro Setor.** Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 275-286.

PELEGRI, Márcia. **Terceiro Setor: gestão privada de recursos públicos.** *In:* Revista de Direito do Terceiro Setor, ano 1, nº 2, jul./dez. 2007. p. 51-104.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Os tribunais de contas e o Terceiro Setor: aspectos polêmicos do controle.** *In:* OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado.** Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 309-332.

QUANTO vale ou é por quilo? Direção: Sérgio Bianchi. São Paulo: Agravo Produções Cinematográficas, 2005.

RAMOS, Guerreiro. **Administração e estratégia de desenvolvimento: elementos de uma sociologia especial da Administração.** Rio de Janeiro: FGV, 1966.

RIBEIRO, Rochelle Pastana. **O Terceiro Setor no Contexto da Democracia e da Reforma Administrativa do Aparelho do Estado.** In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **O Novo Direito Administrativo Brasileiro: O Estado, as Agências e o Terceiro Setor.** Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 287-301.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor.** São Paulo: Malheiros, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.** In: Revista de Direito do Estado, nº13, jan./fev./mar. 2009. p. 269-292.

_____. **As Organizações Sociais.** In: Revista de Direito do Estado, nº 7, jul./ago./set. 2007. p. 273-287.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitação e Terceiro Setor.** In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado.** Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 281-308.

SCAFF, Fernando Facury. **Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado.** In: Revista Interesse Público, v.3, nº 12, out./nov./dez. 2001. p. 66-90.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais.** In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). **Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho.** Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 21-56.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Estímulos positivos.** In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras entre o Público e o Privado.** Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 15-38.

_____. **'Outras entidades públicas' e os serviços sociais autônomos.** In: Revista de Direito do Estado, ano 1, nº 1, jan./fev./mar. 2006. p. 137-153.

SUNDFELD, Carlos Ari. **O Direito Administrativo entre os clips e os negócios**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 87-93.

SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor: regulação no Brasil**. São Paulo: Peirópolis, 2006.

TOCQUEVILLE. **A democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Estado, ordem social e privatização – as terceirizações ilícitas da administração pública por meio das organizações sociais, OSCIPs e demais entidades do ‘Terceiro Setor’**. In: Revista IOB de Direito Administrativo, v. 3, nº 26, fev. 2008. p. 14-26.

_____. **O ‘Terceiro Setor’ e a prestação de serviços públicos sociais**. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (coord.). *Serviço Público*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 235-248.

_____. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: Uma Análise Crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

WAHRLICH, Beatriz. **A Reforma Administrativa da Era de Vargas**. Rio de Janeiro: FGV, 1983.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Dois Volumes. Brasília, Ed. UnB.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. São Paulo: Malheiros, 2009.